

Foro, Nueva época, vol. 19, núm. 2 (2016): 141-185
<http://dx.doi.org/10.5209/FORO.55369>

ISSN:1698-5583

ANÁLISIS DEL CONTRATO DE AGENCIA BAJO LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA TEORÍA PRINCIPAL-AGENTE

Juan Antonio GAVIRIA

Ricardo SANTANA

Facultad de Derecho
de la Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín (Colombia)

juan.gaviria@upb.edu.co

ricardo.santana@upb.edu.co

RESUMEN

Este artículo aborda el estudio del contrato de agencia utilizando la metodología del Análisis Económico del Derecho, en concreto la teoría microeconómica principal-agente. Para ello se presenta y analiza la relación principal-agente entre las partes, dada la información asimétrica y el problema económico de riesgo moral que deben enfrentar durante la ejecución del contrato. Posteriormente se plantea un modelo matemático para poder maximizar el sistema de incentivos, alinear los intereses de las partes y así aumentar la eficiencia de la transacción. Las conclusiones extraídas son contrastadas con las normas reguladoras del contrato de agencia recogidas en el Código de Comercio colombiano.

Palabras clave: Derecho, contratos, contrato de agencia, agente, eficiencia, economía.

ABSTRACT

This article approaches the study of the agency contract using the methodology of the economic analyses of Law, in particular the principal-agency microeconomic theory. In order to do so, the principal-agent relationship in between the parties is shown and studied on account of the asymmetric information and the economic problem of moral risk that they face during the contract execution. Later on a mathematical pattern to maximize the system of incentives, level the interests of the parties and thus to improve the transaction's efficiency is penned. The conclusions that follow are faced to the rules which govern the agency contract, as they appear in the Colombian Merchants Law.

Keywords: Law, contracts, agency contract, agent, efficiency, economy

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel umfasst die Untersuchung des Handelsvertretervertrags unter Rückgriff auf eine Methodologie, konkret die Theorie der Mikroökonomie in der Beziehung Unternehmen-Handelsvertreter. Hierzu wird das Verhältnis zwischen dem

Unternehmen und dem Handelsvertreter vorgestellt und analysiert, da es eine Informationsasymmetrie zwischen den beiden Akteuren gibt und das wirtschaftliche Problem des moralischen Risikos existiert, denen sich beide während der Vertragszeit aussetzen. Im Anschluss wird ein mathematisches Modell vorgestellt, um das System der Prämien zu maximieren und um die Interessen orientieren zu können und dadurch die Effizienz der Transaktion zu erhöhen. Die Schlussfolgerungen stützen sich auf die regulierenden Gesetze der juristischen Figur des Handelsvertreters, so wie sie sich im kolumbianischen Handelsgesetzbuch finden.

Schlüsselwörter: Recht, Verträge, Handelsvertretervertrag, Handelsvertreter, Effizienz, Wirtschaft.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. SOBRE EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.—II. CONSIDERACIONES SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.—1. Principio de racionalidad e información asimétrica de las partes.—III. LA RELACIÓN PRINCIPAL-AGENTE.—IV. EL PROBLEMA PRINCIPAL-AGENTE.—V. APROXIMACIÓN ECONÓMICA DE LA TEORÍA PRINCIPAL-AGENTE.—VI. ANÁLISIS DE LAS NORMAS JURÍDICAS COLOMBIANAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE AGENCIA BAJO EL MODELO PRINCIPAL-AGENTE.—1. Exclusividad a favor del agente.—2. Cumplimiento del encargo y rendición de informes.—3. Cesantía comercial e indemnización.—VII. SUGERENCIAS.—1. Recoger reclamaciones y sugerencias.—2. Remuneración.—3. *Stock Options*.—4. Deberes fiduciarios.—5. Autonomía de voluntad conflictual.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—ANEXO 1.

INTRODUCCIÓN

Este artículo pone de relieve la necesidad de modificar las normas reguladoras del contrato de agencia comercial en el contexto colombiano. Para ello se utilizarán herramientas y fundamentos microeconómicos en aras de solucionar los problemas informativos presentes en la relación entre agente y agenciado, y señalar que tales soluciones no se incorporan en las normas reguladoras actuales. Mucho se ha escrito sobre el contrato de agencia mercantil, su naturaleza, obligaciones, terminación, etc., y de la misma manera acerca de la protección que la ley debe dar a la supuesta parte débil del contrato, el agente; sin embargo, no han seguido la misma suerte las propuestas de desarrollo de normas protectoras del principal, así como de normas que favorezcan y promuevan el intercambio y el aumento de ganancia de ambas partes. Este trabajo engloba un enfoque diferente debido a que en todo este tiempo se ha obviado un problema económico estructural, presente en la naturaleza de dicho contrato: el problema principal-agente —se aclara, es un problema para el principal

y no para el agente—¹. Para esbozar dicho problema se utiliza el siguiente ejemplo².

Piénsese en un tren de seis vagones que conecta Salisbury con Londres. Se trata de un tren de cercanías para que los pasajeros puedan llegar a Londres —o viajar a Salisbury— en una hora y veinticinco minutos. Una vez que ese tren llega a la estación de Waterloo —en pleno corazón londinense—, el tren permanece en el andén veinticinco minutos para que se vuelva a llenar de pasajeros y de esta forma tomar el camino de vuelta a Salisbury, donde se encuentra el depósito necesario para llevar a cabo actividades de mantenimiento de los vagones.

En el tren, además del conductor y del revisor de billetes, trabaja un azafato³ (agente), quien se encarga —entre otras tareas asignadas—⁴ de atravesar el tren con un carro con aperitivos y bebidas para ofrecer a los pasajeros durante el viaje. El azafato asume la obligación de pasar por todo el tren tres veces por trayecto y, por tanto, seis veces por día. El empleador (principal), quien se encuentra en una oficina en la estación de trenes de Salisbury, no tiene cómo asegurarse de que cada azafato recorra tres veces el tren asignado. La mejor manera para controlar el trabajo del azafato es que, al final de la jornada, éste haya recaudado un dinero que dependerá del día de la semana y del horario en que parten dichos trenes —pero siempre en torno a trescientas libras esterlinas—.

Debido a que el destino del primer viaje es Londres, ciudad conocida por su amplia oferta de ocio, con sus innumerables eventos culturales y deportivos⁵, el azafato podrá obtener sin mucho esfuerzo esa cantidad

¹ Desde ahora, para evitar equívocos, la parte del contrato de agencia comercial lo llamaremos *agente mercantil*; sin embargo, nos referiremos simplemente como *agente* para aludir a la parte de la relación económica principal-agente.

² El ejemplo, independientemente de tratarse de una relación laboral, refleja perfectamente el problema principal-agente que, como más tarde analizaremos, es un mal que puede darse tanto en un contrato laboral como en un contrato de agencia o, en general, en contratos en los que una parte, el agente, tiene más información que la otra parte, el principal. Otros contratos en los que se presenta este problema son, por ejemplo, el de franquicia o el de mandato, especialmente cuando mediante este último los accionistas o la junta directiva de una sociedad nombran a un representante legal.

³ Supóngase que este azafato no se encuentra vinculado laboralmente con la empresa de trenes, sino con otra empresa subcontratada.

⁴ Las tareas asignadas son: asistir a personas con discapacidad para acceder al tren, dar información a los pasajeros que tengan dudas sobre el itinerario, ayudar al revisor de billetes y al conductor en caso de emergencia, entre otras. Sin embargo, ninguna de estas funciones influyen en el desempeño de la venta de comidas y bebidas. Consultar <http://www.railgourmet.com/>.

⁵ Se debe tener en cuenta que prácticamente todas las semanas hay numerosos par-

requerida pasando solamente una vez por el tren en el primer trayecto, puesto que las ventas se disparan. Entonces, el azafato se encuentra ante el dilema de pasar o no pasar de nuevo. No tendría por qué volver a pasar con el carro, incluso no tendría necesidad de pasar ni una sola vez, en el trayecto de vuelta —puesto que ya ha recaudado el monto objetivo—. Si el azafato opta por no volver a pasar para evitar el coste subjetivo que le genera⁶ —puede sentarse a descansar, a hablar con el revisor, a leer, etc.—, muchos de los pasajeros ni siquiera verán que hay un azafato cuidando de que su viaje sea lo más agradable posible.

El empleador (principal) de la empresa del azafato pide a éste que pase tres veces por trayecto⁷; sin embargo, no tiene forma de controlar su acción sin incrementar notoriamente sus costos de supervisión. No puede medir su grado de dedicación y esfuerzo⁸. Lo único a lo que tiene acceso es al resultado al final de la jornada. Es consciente de que si al final del día el azafato vuelve con trescientas libras o más, la probabilidad de que haya pasado por el tren tres veces a la ida y tres veces a la vuelta será alta. Éste es el método de control del que dispone el empleador. Empero, la realidad es que al ser algo tan difícil de prever, y con la asimetría de información existente entre el azafato y su jefe, en muchas jornadas el azafato no volverá a atravesar el tren, creando una serie de perjuicios a la empresa de azafatos no solo por el coste de oportunidad⁹ de las ventas que se dejan de generar, sino también porque se aumentan las posibilidades de que los pasajeros se quejen a la empresa de trenes, con lo que se daña la imagen

tidos de fútbol, rugby, críquet, además de que en esa línea una de las paradas es Wimbledon, ciudad famosa por ser la sede de uno de los cuatro grandes abiertos de tenis y el único sobre césped.

⁶ Debemos tener en cuenta que muchos pasajeros son muy exigentes con el servicio o maleducados, por lo que al azafato le puede generar malestar y estrés, y puede preferir evitar estas molestias destinando el tiempo a actividades que demanden menor energía.

⁷ Esto es de gran importancia para la empresa de azafatos, ya que si el carro va avanzando a lo largo del tren, en las sucesivas estaciones entrarán nuevos pasajeros en los vagones en los que ya ha pasado. El número de veces que debe de atravesar el tren no es producto del azar, ya que la idea es pasar por delante del máximo de pasajeros posible, pero en un momento en el que no estén demasiado cerca de Londres, ya que, una vez cerca, las ventas caen, puesto que la oferta de los productos en la ciudad del Big Ben es mucho más amplia y más barata.

⁸ Ni siquiera sabe si la calidad en la atención al cliente ha sido la óptima.

⁹ Entiéndase coste de oportunidad como lo definen R. PINDYCK y D. RUBINFELD, *Microeconomía*, Madrid, Pearson, 2009, p. 248: «Las oportunidades que se pierden cuando no se utilizan los recursos de la empresa para el fin para el que tienen más valor». Es decir, si el azafato no atraviesa los vagones con el carro, muchos pasajeros que conocen el servicio recorrerán el tren buscando al azafato, pero otros pasajeros permanecerán en sus asientos. Cuanto menos se desplace el carro, el coste de oportunidad potencial será mayor.

y la futura renovación de la empresa de azafatos, o que los pasajeros consuman en las cafeterías de las mismas estaciones antes de subir al tren previendo el pésimo o inexistente servicio una vez dentro, haciendo mella en los beneficios de la compañía, con pérdidas exponenciales.

Con este ejemplo nos surgen diferentes cuestiones que estudian el problema principal-agente: 1) ¿cuál es el mejor sistema de incentivos que maximizan la eficiencia de la relación empleador-azafato? y 2) ¿cómo se puede mejorar el problema de la asimetría de información?

Las respuestas a estas preguntas nos servirán para revisar las normas del contrato de agencia comercial a través de un cristal diferente: la metodología del Análisis Económico del Derecho. Para tal efecto indagaremos en los problemas informativos y plantearemos modificaciones para solventarlos, y de esta manera impulsar la celebración de contratos de agencia más eficientes.

I. SOBRE EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

En virtud del contrato de agencia mercantil, una parte (el agente mercantil) asume la obligación, de manera independiente, de promocionar o explotar el negocio de la otra parte (agenciado) a cambio de una remuneración en un campo de actuación predeterminado¹⁰. De esta forma, el agente mercantil es un comerciante autónomo, no existiendo vínculo laboral con el agenciado; sin embargo, se trazan entre sí vínculos estables y duraderos en aras de conseguir un canal de distribución eficiente.

Este contrato despunta en la praxis mercantil de mediados del siglo XIX¹¹. En dicho contexto de creciente actividad comercial e industrial surge la necesidad entre los comerciantes de ampliar el público objetivo y, por ende, su campo de actuación¹². El ratio coste/beneficio de realizar inversiones de capital fijo e infraestructura para conquistar nuevos mercados era demasiado alto, por lo que en esta tarea se topaban con obstáculos demasiado cuantiosos¹³. De esta necesidad surge la figura de

¹⁰ *Vid.* Código de Comercio colombiano, art. 1.317.

¹¹ Según V. CERAMI, «Contratto di Agenzia», *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 870: «Sus orígenes se encuentran al inicio del siglo XIX; su evolución está estrechamente conexas con la formación del capitalismo moderno».

¹² *Ibid.*, p. 871. Sobre el origen del contrato de agencia se indica la necesidad de expandir sistemas productivos, difundirse y penetrar mercados, así como la adquisición y conservación de clientela.

¹³ Esta necesidad de externalizar funciones es una forma de volver más eficiente el pro-

la agencia mercantil, un híbrido de distintas figuras similares como los comisionistas, mediadores y los auxiliares del comercio¹⁴, pero con una función económica diferente. Por tanto, «se enmarca dentro del Derecho de la distribución comercial»¹⁵.

Lógicamente, este instrumento sirvió de mucho: contribuyó de gran manera al desarrollo comercial, principalmente en ciertos países europeos —y las zonas de control coloniales de la época—¹⁶, Estados Unidos y Japón, así como a la consolidación de la segunda revolución industrial¹⁷. La globalización económica aceleraba el paso.

Dando un salto temporal y geográfico nos situamos en Colombia cuando en 1971 el presidente de la República, con las facultades que tenía conferidas por parte del Congreso de la República, promulgó el Código de Comercio a través del Decreto-ley 410, de 27 de marzo de 1971. Tras la utilización, durante muchos años, de la agencia comercial por parte de los empresarios colombianos como contrato atípico —entendiendo atipicidad como la ausencia de tipificación de segundo grado—¹⁸, ya que el Código de Comercio anterior¹⁹, expedido a través de la Ley 57 de 1887, no regulaba el contrato de agencia mercantil y, además, por encuadrarse dentro del concepto de contrato según lo establecido en el art. 864 del Código de Comercio, se le aplicaban las disposiciones de la teoría

ceso productivo de una empresa. La teoría de la firma presentada por Ronald Coase justifica esta opción por el ahorro en costes de transacción, es decir, la empresa «tenderá a expandirse hasta que los costes de organizar una transacción extra dentro de la firma igualen los costes de realizar la misma transacción por medio de un intercambio en el mercado abierto o bien a los costes de organizar otra firma». Vid. R. COASE, «The Nature of the Firm», *Económica*, vol. 4, núm. 16 (1937), p. 395.

¹⁴ J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, Bogotá, Legis, 2012, p. 221.

¹⁵ M. BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 121.

¹⁶ J. C. MOORE, «Economic Globalization and its Impact Upon the Legal Profession», *New York State Bar Journal*, 2007, p. 1.

¹⁷ Es el periodo al que se refiere T. L. FRIEDMAN, *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, New York, Picador, 2007, p. 9, como la época en la que el mundo pasó de ser mediano a pequeño, porque muchas de las barreras previamente establecidas cayeron, teniendo gran importancia para ello —entre otros motivos— el papel de la industrialización de los procesos productivos, el desarrollo del ferrocarril y las mejoras en las comunicaciones.

¹⁸ J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles...*, op. cit., pp. 3-15.

¹⁹ Para más información sobre los precedentes del Código de Comercio colombiano de 1971 consultar R. BERNAL GUTIÉRREZ, «Código de Comercio colombiano (historia y proyecciones)», en AAVV, *Centenario del Código de Comercio*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

general de las obligaciones y contratos, el legislador da un paso al frente y decide tipificarlo entre los arts. 1.317 a 1.331 del Código de Comercio. Lamentablemente no solucionó todos los problemas suscitados por el contrato de agencia comercial, por cuanto, entre otras razones, protegió al agente, pero se olvidó del empresario o principal.

Se nos presenta un caso particular según el cual el Derecho entró a regular un hecho social, y lo hizo de tal manera que lo desvirtuó y repartió cargas desproporcionadamente²⁰; ello irremediablemente conllevó a que los empresarios, en la práctica, trataran de evitarlo²¹ fomentando figuras parecidas en detrimento de la agencia comercial, como el contrato de compra para la reventa, en algunos casos existiendo verdaderamente el otro contrato y en otras situaciones, simplemente dándole otro nombre a la agencia mercantil, con la consecuencia de que, bajo la teoría del contrato realidad, y cuando se suscitaba una controversia, los jueces o árbitros decían que, así el nombre fuera distinto, el contrato seguía siendo de agencia²².

El objeto de este esfuerzo investigativo es un estudio económico del contrato referido basado en los fundamentos de la teoría microeconómica del principal-agente, con la intención de poder reconocer el impacto y conflictos que se generan entre los agentes económicos que participan dada su regulación en el contexto colombiano —entre los arts. 1.317 y 1.331 del Código de Comercio—. ¿Será necesario actualizar las normas del contrato de agencia para que sea un instrumento más eficiente? Se considerará la necesidad de proponer, modificar o extinguir normas que configuran el tipo contractual del contrato de agencia en Colombia. De esta manera dicho estudio nos servirá para limitar las ineficiencias y estudiar una posible adecuación del contrato en una válida herramienta que ayude a maximizar la utilidad de los agentes económicos intervinientes. En un mundo en el que vivimos de países interconectados²³, con posibilidades de negocios por doquier, se necesita

²⁰ Vid., por ejemplo, Código de Comercio, art. 1.324.

²¹ J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles...*, op. cit., p. 233.

²² Vid., por ejemplo, *Laudo Arbitral Colombina, S. A., contra Nestlé Purina Pet Care de Colombia, S. A.*; *Laudo Arbitral Roberto Cavalier y Cia. contra Flota Mercante Grancolombiana*, o *Daniel Fernández & Cia. contra Fiber Glass Colombia, S. A.*

²³ T. PIKETTY, *El capital en el siglo XXI*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2013, p. 87, lo evidencia: «De hecho, una de las características de la globalización financiera de hoy es que cada país es en gran parte propiedad de otros países, que no sólo distorsiona las percepciones de la distribución mundial de la riqueza, sino también representa una vulnerabilidad importante para los países más pequeños, así como una fuente de inestabilidad en la distribución global de las posiciones netas».

tener los instrumentos necesarios para ser competitivos²⁴. Se trata, a la postre, de generar incentivos a través de modificaciones en la regulación —análisis económico normativo—.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Teniendo en consideración que el objeto del presente trabajo investigativo es el análisis de normas reguladoras del contrato de agencia bajo los fundamentos de la teoría principal-agente, es pertinente introducir unas breves notas sobre el fenómeno del Análisis Económico del Derecho²⁵ (de ahora en adelante AED) y su importancia. Obsérvese que éste no es un trabajo que pretenda profundizar en el origen y evolución de la dogmática del AED, sino de contextualizar para poder abordar, posteriormente, los postulados de la teoría principal-agente.

Con todo, el impacto en la práctica jurídica del AED, así como en la academia, ha sido incontestable y «en relativamente poco tiempo ha alcanzado una posición hegemónica o cuando menos prominente»²⁶. Hoy día las universidades más prestigiosas de Estados Unidos²⁷ cuentan con economistas y abogados de renombre que imparten cursos de Análisis Económico del Derecho a los estudiantes, además de investigar problemas jurídicos de actualidad²⁸. En otros países no ha tenido un desarrollo tan evidente. La explicación se encuentra en la concepción tradicional existente en buena parte de la doctrina en muchos países —por ejemplo, Alemania— del Derecho como disciplina autónoma e independiente del

²⁴ R. W. JACOBS, *Real Time Strategic Change*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 1994. J. H. BOYETT y J. T. BOYETT, *Hablan los gurús: las mejores ideas de los máximos pensadores de la administración*, Bogotá, Norma, 1999, p. 56, señalan que «las organizaciones que tendrán más éxito en el futuro serán aquellas que sean capaces de adoptar rápida y eficazmente cambios fundamentales, duraderos y de todos los sistemas».

²⁵ Disciplina que trata de que, «a partir de categorías de tipo económico, sean éstas de economía positivista o no, se desarrollen un conjunto de teorías respecto del Derecho como institución». Vid. C. P. MÁRQUEZ ESCOBAR, *Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho*, Bogotá, Universidad Pontificia Javeriana, 2005, p. 33.

²⁶ G. DOMÉNECH PASCUAL, «Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho», en *I Seminario Interuniversitario de Teoría y Método del Derecho Público*, Valencia, 2013, p. 2.

²⁷ Las mejores universidades estadounidenses puntúan alto a nivel internacional. Teniendo como referencia el índice Academic Ranking of World Universities 2014, 37 de las 50 mejores universidades del mundo en ciencias sociales se encuentran en Estados Unidos.

²⁸ R. MERY NIETO, «Notas sobre Análisis Económico del Derecho: una mirada desde América Latina», *Revista de Derecho y Humanidades*, núm. 10 (2004), pp. 121-140.

resto de las ciencias sociales²⁹. Ello, por supuesto, no significa que incluso en estos países no existan desarrollos plausibles del AED, especialmente en Derecho comercial, en temas como derecho de la competencia, propiedad industrial, sociedades, teoría general de las obligaciones y contratos... Esto no debería sorprendernos, el objetivo fundamental del AED es el aumento de eficiencia, por lo que su aplicación para revisar el Derecho mercantil interno en algunos casos es necesario y en otros inevitable.

Así pues, el AED no sólo es importante, sino también pertinente en el contexto colombiano³⁰. Es decir, se torna muy relevante la realización de una tesis de maestría en aras de contribuir al impulso de este movimiento —dado el escaso desarrollo en Colombia— y para estimular las soluciones eficientes a los juegos presentados en la praxis de los comerciantes, así como para diseñar las normas imperativas y supletivas con la intención de disminuir costes generables por la transacción.

1. Principio de racionalidad e información asimétrica de las partes

El escenario de un mercado en competencia perfecta³¹ se sustenta en la libre y racional capacidad de decisión de los individuos. Partiendo del principio de racionalidad y de maximización de la utilidad, el individuo responde adoptando ciertas decisiones acorde con sus propios intereses. Dicho sistema de preferencias se presupone estable y bien organizado, lo cual ya a mediados del siglo pasado se advirtió que era una visión muy distanciada de los estudios desarrollados en el campo de la psicología en cuanto al aprendizaje y la capacidad de calcular los beneficios de cada opción³², así como en el proceso de elección entre

²⁹ M. GELTER y K. GRECHENING, «The Transatlantic Divergence in Legal Thought, American Law and Economics Vs. German Doctrinalism», *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, núm. 72 (2008), p. 295.

³⁰ J. A. GAVIRIA GIL, «Obstáculos y riesgos para una exitosa interacción entre Derecho y economía en Colombia», *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, núm. 39 (2013), pp. 13-40, explica cuáles son los obstáculos que dificultan la interacción entre Derecho y economía en Colombia.

³¹ R. PINDYCK y D. RUBINFELD, *Microeconomía*, op. cit., p. 306, explican que el modelo de competencia perfecta se trata del mercado fundamentalmente con las siguientes características: 1) las empresas son tomadoras de precios; 2) los productos son homogéneos, y 3) hay libertad de entrada y salida.

³² H. A. SIMON, «A Behavioral Model of Rational Choice», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, núm. 1 (1955), pp. 99-118.

diferentes alternativas³³. El ser humano en su normal devenir muestra claros signos de irracionalidad³⁴.

Sin embargo, el hecho incontestable de que en muchos casos el ser humano actúa de manera irracional no significa que el ser humano sea irracional. La idea que subyace en el presupuesto de racionalidad de los individuos es que se tiende a adoptar una acción determinada si modificando un determinado contexto se perciben posibilidades de aumentar el interés propio —obviamente con las limitaciones planteadas anteriormente—. Esto es, el ser humano, ante un cambio de circunstancias, responde a los estímulos e incentivos para encontrarse en un estado mejor; trata «de forma racional de aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su interés propio»³⁵.

Como se puede intuir, ser racional no implica ser consciente de toda la información necesaria para emprender un curso de acción. Esto sería una mera utopía, dado los límites cognitivos y volitivos propios de la naturaleza del ser humano: *a)* el carácter sobreoptimista y la elaboración del concepto de justicia; *b)* la ausencia, en muchos casos, de fuerza de voluntad, y *c)* la habitualidad con la que el individuo no mira simplemente por el interés propio³⁶ y se preocupa por el bienestar de terceros, actuando en consonancia³⁷.

³³ Al respecto, J. STIGLITZ, «La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica» (discurso de Joseph Stiglitz recibiendo el Premio Nobel de Economía), *Revista Asturiana de Economía*, núm. 25 (2002), pp. 95-164, esp. p. 98, se pronuncia de esta manera: «Por supuesto, todo el mundo reconocía que en realidad la información era imperfecta, pero, siguiendo la máxima de Marshall “*Natura non facit saltum*”, se confiaba en que las economías en las que la información no fuera demasiado imperfecta se parecieran mucho a las economías en las que la información era perfecta».

³⁴ Para profundizar en los diferentes signos de irracionalidad consultar D. KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Madrid, Debate, 2012.

³⁵ R. POSNER, *Análisis Económico del Derecho*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 25. Aclárese que el autor alude al concepto de interés propio no como sinónimo de egoísmo, sino como la persecución de fines en los que se encuentran valores como la solidaridad y la satisfacción a través de la felicidad de los demás.

³⁶ C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN y R. THALER, «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 5 (1998), pp. 1471-1550, sobre la premisa de que el individuo es un ser racional con toda la información necesaria para saber cuál es la opción que más beneficio le reporta, manifiestan que «estas premisas de vez en cuando son útiles, pero frecuentemente falsas». De esta manera, «la información relevante para cada uno de los participantes en el mercado suele ser *incompleta y escasa en términos relativos* del conjunto total de información relevante». Vid. J. PRADO DOMÍNGUEZ y J. A. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, «Riesgo e incertidumbre en los mercados. Un análisis desde la economía de la información», *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* (UNED), núms. 8-9 (1995), p. 499.

³⁷ En esta ocasión dichos autores con interés propio aluden al egoísmo individual.

Producto de lo anterior se genera cierta habitualidad de la asimetría de información³⁸ con la que afrontamos procesos de elección. Es decir, las partes difícilmente cuentan con toda la información necesaria en el momento de realizar un intercambio, y aunque en muchos casos se puede llegar a adquirir dicha información, generalmente se desaconseja por ser costosa³⁹ —como en el contrato de agencia comercial—. Por tanto, se da un escenario de agentes económicos con diferencias en cuanto a información de la transacción, y cada uno trata de maximizar su utilidad con la información que dispone⁴⁰. Por ello, a pesar de la innegable existencia de irracionalidad y de la asimetría de información, el presupuesto de la concepción individualista del agente como maximizador de su propia utilidad, basada en el método de elección racional, representa la piedra angular de la modelización económica⁴¹ en aras de prever y entender el comportamiento de cualquier individuo.

³⁸ Entiéndase la asimetría de información como la «diferente distribución de información entre los participantes en el intercambio». Vid. J. PRADO DOMÍNGUEZ y J. A. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, «Riesgo e incertidumbre en los mercados...», *op. cit.*, p. 502.

³⁹ La información, como alude R. POSNER, *Análisis Económico del Derecho*, *op. cit.*, p. 48, no deja de ser un bien en el que a veces es provechoso invertir y otras veces no. Hay ocasiones que es eficiente no pagar por la información adicional e igualmente tomar decisiones de manera racional con la información disponible.

⁴⁰ Por supuesto, la asimetría de información ha sido objeto de análisis por numerosos autores. Por ejemplo, G. A. AKERLOF, «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, núm. 3 (1970), pp. 488-500, nos planteaba los efectos de la asimetría de información en este famoso artículo, analizando las consecuencias que puede tener dicha asimetría cuando la calidad de los productos ofrecidos no se puede diferenciar. El autor llega a la conclusión de que es dable la tendencia a ser expulsados del mercado los productos de mejor calidad a favor de los de peor calidad. Este fenómeno encuentra fundamento en la evolución de la percepción y expectativas de los compradores sobre los productos, quienes, al no poder diferenciar, se resignan a esperar el de peor calidad. El mercado de los «limones» es un buen ejemplo de cómo la asimetría de información puede conllevar anomalías en el mercado, que a su vez provoque una distorsión en la eficiencia de los intercambios. Se debe precisar que «limón» es un término utilizado en Estados Unidos para denominar a los coches de segunda mano. En el artículo citado se analiza la situación en la que los vendedores no tienen cómo demostrar que los coches son de calidad. En este caso ocurre que la calidad media esperada por los potenciales compradores disminuye; el precio, a su vez, también disminuye, y con el tiempo los coches de segunda mano y en peor estado acaban desplazando a los de mejor estado. Esto es, es más rentable vender coches en peor estado. Este fallo se da precisamente por la asimetría de información entre compradores y vendedores.

⁴¹ W. NICHOLSON, *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, Madrid, Thomson, 2006, p. 4, indica que «por supuesto, la mayoría de las empresas del mundo real no dispone de esta información. Aun así, estas deficiencias del modelo no tienen por qué ser graves. Ningún modelo puede describir la realidad con exactitud».

Es menester señalar que producto de la asimetría de información y, particularmente, de la selección adversa, se pueden generar otros efectos no deseados, como desconfianza en la parte desinformada, que desincentive el intercambio⁴². Este fenómeno de antipatía se puede ejemplificar pensando en un señor que viaja a la costa caribeña de vacaciones. El primer día decide bañarse en una playa de la zona. Una vez tumbado en la hamaca, un vendedor ambulante se acerca y le ofrece ostras frescas de un cajón que carga sobre el pecho, situación muy común en las playas de las naciones caribeñas. Presúmase que al señor le encantan las ostras. Sin embargo, antes de comprarlas piensa que, en el caso de que las ostras no sean frescas, la contaminación causada por marisco en mal estado puede significar el final de sus plácidas vacaciones. Asumiendo que es averso al riesgo⁴³ y aplicando un análisis coste-beneficio como herramienta decisonal, la probabilidad de que no se efectúe el intercambio es alta. El motivo es la asimetría de información, ya que desconoce cuándo fueron recogidas del mar, si se respetó la cadena de frío, si el cajón donde se depositan se mantiene limpio o incluso puede dudar de si el vendedor, a pesar de que asegura que todas las condiciones mencionadas se cumplen, es un intermediario y realmente no dispone de toda esa información. Igualmente, el señor puede que no confíe en la palabra del vendedor, asumiendo que éste actúa en su propio beneficio y su principal objetivo es celebrar la compraventa. En tal caso, el vendedor no tiene cómo transmitir al potencial comprador la información acerca de la calidad de las ostras o, en otras palabras, el comprador no tiene cómo identificar, a un costo racional, si el vendedor comercializa ostras buenas o malas, asumiendo esto último. La economía denomina esta situación como el problema de la información oculta (*hidden information*) o selección adversa (*adverse selection*)⁴⁴.

⁴² P. MILGROM y N. STOKEY, «Information, Trade and Common Knowledge», *Journal of Economic Theory*, vol. 26, núm. 1 (1982), pp. 17-27.

⁴³ Bajo los fundamentos microeconómicos, las personas son clasificadas según su disposición a asumir riesgo. De esta manera, encontramos personas renuentes, neutrales o amantes del riesgo. Podemos pensar en un juego en el que el participante tiene que elegir entre dos opciones: 1) un premio de 5.000 unidades monetarias o 2) lanzar una moneda: si sale cara ganará 10.000 unidades monetarias, pero si sale cruz gana 4.000. La diferencia de percepción individual del riesgo hará que un jugador amante del riesgo acepte la segunda opción, un jugador renuente del riesgo elegirá la primera opción y a un jugador neutral le será indiferente. *Vid.* D. KAHNEMAN y A. TVERSKY, «Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk», *Econometrica*, vol. 47, núm. 2 (1979), pp. 263-291.

⁴⁴ Y. GORBANEFF, «Teoría del agente-principal y el mercadeo», *Revista Universidad Eafit*, vol. 39, núm. 129 (2003), pp. 75-86.

Otro problema producido por la asimetría de información es el riesgo moral, es decir, el fenómeno dado durante la ejecución de la transacción. Por tanto, es un problema *ex post*, a diferencia de la selección adversa⁴⁵. El riesgo moral es precisamente el problema del que adolece la relación principal-agente y sobre el que arrojaremos luz más adelante.

III. LA RELACIÓN PRINCIPAL-AGENTE

La relación de agencia es considerada «un contrato según el cual una o más personas encargan a otra persona llevar a cabo un servicio en representación de aquél —o aquéllos—, lo cual envuelve la delegación de la autoridad en la toma de decisiones hacia el agente»⁴⁶. La parte que recibe el encargo de realizar el acto se denomina agente; quien hace el encargo, principal.

Antes que nada se debe recordar que la relación principal-agente se aplica no sólo al contrato de agencia mercantil, puesto que el nombre puede generar confusión. Es dable en numerosas interacciones sociales en el transcurrir diario, y no es resultado de la praxis mercantil ni de la evolución de un contexto socioeconómico determinado. Es aplicable a los contratos de obra, arrendamiento de servicios, mandato y corretaje, entre otros. Como ejemplo más claro y contrastado podemos señalar la relación entre el propietario de una empresa y su gerente⁴⁷; sin obviar

⁴⁵ Existen dos fuentes diferentes de asimetría de información: 1) riesgo moral: desconocimiento de una parte del comportamiento de la otra por estar oculto y ser su descubrimiento más costoso que el beneficio que ello implica, y 2) selección adversa: desigualdad en el conocimiento de algún aspecto de la transacción, de manera que la parte que goza de mayor conocimiento obtiene mayor utilidad en detrimento de la otra. *Vid.* G. COLOMA, *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho privado argentino*, Buenos Aires, Universidad del CEMA, 2009. Piénsese como ejemplo de selección adversa el momento en el que un empleador está entrevistando a varios candidatos para una vacante de la empresa. Entre los candidatos y el entrevistador existe asimetría de información, porque los entrevistados intentan evidenciar sus fortalezas y esconder sus debilidades. Incluso algunos mentirán para tratar de dar buena imagen y adquirir el puesto. A pesar de todo, el entrevistador debe seleccionar a uno de ellos. Sin embargo, el riesgo moral, siguiendo nuestro ejemplo, supóngase que el empleador, más adelante, no tiene cómo asegurarse de que ese empleado está realizando las tareas de la manera apropiada; el empleador tendrá que buscar los incentivos adecuados.

⁴⁶ M. C. JENSEN y W. H. MECKLING, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4 (1976), pp. 305-360, esp. p. 308.

⁴⁷ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, W. Strahan & T. Cadell, 1776, p. 696. F. REYES VILLAMIZAR, *Análisis Económico del Derecho*

la relación entre asegurador y asegurado⁴⁸ o la del servidor público y sus votantes⁴⁹, entre otras tantas.

Podemos decir, sin temor a ser pretenciosos, que dicha relación es producto de la naturaleza social del ser humano. Como decía Stephen Ross, es una de las más antiguas y comunes formas de interacción social⁵⁰. Al fin y al cabo se trata de una situación natural dada en toda actividad que «envuelve esfuerzos cooperativos entre dos o más personas»⁵¹. La definición propuesta por Michael Jensen es muy apropiada para el presente trabajo. Se utilizará a continuación para hacer comentarios sobre la misma y con ello ir dibujando los contornos propios de la relación principal-agente.

Con el fin de evitar confusiones, y al ser éste un documento que relaciona campos de estudio como el jurídico y el económico, se aclara que algunos conceptos incluidos pueden inducir a error, puesto que, por ejemplo, se utilizan términos económicos que coinciden literalmente con términos jurídicos, pero el contenido puede variar. En este caso, Michael Jensen en la definición aportada hace referencia a la representación en sentido económico⁵²; sin embargo, aunque pueda prestar a confusión, no alude a la figura de la representación jurídica⁵³. Es decir, simplemente con obrar por cuenta ajena se configuraría dicha relación. La representación —como acto jurídico unilateral que conlleva, con respecto del representado, iguales efectos que si hubiera contratado él mismo— podrá darse o no sin que, en el caso de darse, ello la desnaturalice. Por ejemplo, en el contrato de agencia, el agente mercantil podrá perfectamente desarrollar

Societario, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad Pontificia Javeriana, 2012, p. 71, señala que la relación principal-agente también se da entre accionistas minoritarios y accionistas mayoritarios, así como entre la sociedad y terceros interesados.

⁴⁸ Destacamos S. SHAVELL, «On Moral Hazard and Insurance», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 93, núm. 4 (1979), pp. 541-562.

⁴⁹ Destacamos J. M. BUCHANAN, «Public Choice: The Origins and Development of a Research Program», *Center for Study of Public Choice*, George Mason University, 2003, pp. 1-13.

⁵⁰ S. ROSS, «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem», *American Economic Association*, vol. 63, núm. 2 (1973), p. 134.

⁵¹ M. C. JENSEN y W. H. MECKLING, «Theory of the Firm...», *op. cit.*, p. 309.

⁵² El mismo comentario lo podemos realizar señalando la sutil definición de J. MASCAREÑAS, «Contratos financieros principal-agente», *Monografías de Juan Mascareñas sobre Finanzas Corporativas*, núm. 13 (2007), p. 2: «Se denomina agente a una persona que actúa en nombre de otra —el principal—».

⁵³ Art. 1.505 del Código Civil colombiano: «Efectos de la representación.—Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo».

actividades propias para la conquista de un mercado, incluso celebrar contratos cuyo objeto sea los productos fabricados por el principal, pero no necesariamente tendrá que actuar en representación del agenciado. Además de ello, el agente mercantil suele ser un empresario distinto y autónomo, con su propia estructura empresarial.

Con la definición planteada también nos podría venir a la mente la siguiente duda: en caso de que el agente no reciba remuneración monetaria, ¿podríamos clasificarla como relación principal-agente? No hay motivo para dar una respuesta negativa. La remuneración monetaria no se trata de un elemento esencial en la relación principal-agente. Pueden ser otro tipo de beneficios obtenidos por el agente, como reconocimiento social, prestigio, identidad, etc. Pongamos como ejemplo un estudiante universitario que accede a unas prácticas no remuneradas en una determinada empresa⁵⁴. Durante la misma se realizarán una serie de encargos por el principal (empleador); sin embargo, en muchas ocasiones no tendrá cómo asegurarse del esfuerzo del agente (estudiante universitario) ni de si exactamente realizó dicho encargo de la manera y en los tiempos que se le requirió. El estudiante no tendrá remuneración, pero le servirá para completar su *curriculum vitae*, obtener experiencia laboral, establecer contactos, etc. En este caso, aunque no exista un salario, se da una relación principal-agente en la que el principal deberá saber cómo crear incentivos al agente para asegurarse que las encomiendas se realizan tal y como se le exige.

No es baladí evidenciar que en la relación principal-agente, el concepto de delegación de autoridad conlleva implícitamente una cierta discrecionalidad en el discurrir de las actividades del agente. Cuenta con la autonomía e independencia suficiente como para actuar —incluso teniendo en cuenta las indicaciones del principal— de la manera que encuentre mayor beneficio. Por ejemplo, en el caso de un administrador de una sociedad, a pesar de que tendrá unas indicaciones detalladas de la asamblea de accionistas, la realidad es que en el día a día, y ante la imposibilidad de un control permanente por parte del principal, dicha delegación de autoridad para realizar determinados actos conllevará que pueda actuar según un margen de maniobra más o menos amplio y que sea imposible controlar y verificar su esfuerzo por maximizar el

⁵⁴ Este esquema es muy común, aunque en muchos casos también es dable que el estudiante reciba una remuneración baja para cubrir gastos de transporte y comida. Para más información sobre el contrato de aprendizaje en Colombia visitar <http://www.mintrabajo.gov.co/movilidad-y-formacion-para-el-trabajo/abc-contrato.html>.

patrimonio de la compañía, que además es necesario para que la relación sea funcional —y ese margen de maniobra será mayor mientras más alto sea el número de accionistas o cuando ninguno de estos es controlante—. Por tanto, se deben excluir las relaciones dadas en las que el margen de maniobra es inexistente. Como ejemplo podría pensarse en un piloto de avión. Independientemente de su actuación mientras el avión está en el aire, uno sabe que no tiene margen de maniobra para disminuir el esfuerzo en su tarea. Si el avión despegue y aterrice a las horas previstas —es decir, observando los resultados—, sabremos que la encomienda la ha cumplido y con el nivel de esfuerzo exigido.

Por otro lado, nos preguntamos si estaríamos ante una relación principal-agente en el caso en que el agente no conozca el beneficio que le supone al principal. Eric A. Posner propone la siguiente definición: «La relación principal-agente, en su versión más simple, es una relación en la cual una persona, el principal, se beneficia cuando otra persona, el agente, ejecuta una tarea con cuidado o esfuerzo»⁵⁵. Debemos advertir que esta definición es amplia y que, hilando fino, entrarían supuestos no catalogables como relación principal-agente. Pensemos en una persona que apuesta por que un determinado jugador de fútbol marcará tres goles en el próximo partido que dispute; si finalmente marca tres goles, resulta una acción que supone un esfuerzo que le beneficiará a él y también al apostador. Sin embargo, el jugador no era consciente de que realizando tal actuación beneficiaría de tal forma a ese apostador. El jugador simplemente cumple con sus funciones derivadas de un contrato con el club correspondiente. El agente debe ser consciente de que, en mayor o menor medida, su actuación y, en particular, su esfuerzo, beneficiará a un principal determinado, quien le debe haber hecho la encomienda previa, por tanto, este caso no se puede considerar que cumpla con los requisitos necesarios para constituir una relación principal-agente.

Si continuamos con la tarea de delimitar los contornos de la relación principal-agente nos podemos preguntar el motivo por el cual se da dicha delegación de autoridad, y la respuesta podría ser muy variada, sin ser ello determinante para crear una relación principal-agente, verbigracia, la incapacidad —imposibilidad física— o inconveniencia —coste⁵⁶ o

⁵⁵ E. A. POSNER, «Agency Models in Law and Economics», *Law & Economics Working Papers*, núm. 92, Chicago, University of Chicago Law School, 2000, p. 1.

⁵⁶ Llegados a este punto debemos precisar que cuando hablamos de costes del contrato también incluimos los costes de transacción, esto es, los generados por la búsqueda, negociación, celebración, monitoreo y hacer cumplir, en su caso, un contrato. Ronald Coase

asunción de riesgos demasiado altos— del principal en realizar dichos actos, por lo que delega autoridad en el agente. Joan E. Ricart comenta que puede surgir este tipo de relación en muchas situaciones de la vida económica, pero siempre que exista posibilidad de especialización o cooperación las probabilidades de que se dé una relación principal-agente son altas⁵⁷. En cualquier caso, lo que se debe tener presente es que ambas partes se ven beneficiadas en esta relación. Por tanto, se trata de un contrato de colaboración que trata de satisfacer los intereses de ambas partes teniendo en cuenta que el agente recibirá una remuneración —dineraria o no—; se trataría de una relación simbiótica y no comensalista. Y esta idea será importante tenerla presente para abordar el resto de apartados de la presente investigación.

Además, Joan Gutiérrez, Carolina Guzmán y Ulpiano Jiménez consideran que «el problema del principal-agente se presenta en situaciones con información asimétrica, cuando una persona, el principal, quiere inducir a otra, el agente, a hacer algo que es costoso para este último»⁵⁸. Es importante matizar de esta plausible definición que costoso, en este caso, es toda situación en la cual la erogación es superior al beneficio obtenido. De hecho, ni siquiera tiene que hacer referencia a que le genera un coste dinerario —sea alto o bajo—. Simplemente el tiempo puede ser considerado como un coste de oportunidad, en el sentido de que con el hecho de estar dedicando tiempo a la tarea que el principal le ha encargado y no otra acción —por ejemplo, de otro principal— podría estar dejando de percibir una contraprestación de mayor valor.

fue quien introdujo este concepto en la literatura económica y lo explicaba de la siguiente forma: «Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos». Vid. R. COASE, «El problema del coste social», *The Journal of Law and Economics*, vol. 3 (1960), pp. 1-44, esp. p. 15.

⁵⁷ J. E. RICART, «Una introducción a los modelos de agencia», *Documento de investigación*, núm. DI-113, IESE Business School-Universidad de Navarra, 1986, p. 1.

⁵⁸ J. GUTIÉRREZ, C. GUZMÁN y U. JIMÉNEZ, «Economía política y finanzas públicas: teoría, evidencia y resultados de laboratorio», *Revista de Economía Constitucional*, vol. 2, núm. 3 (2000), pp. 104-148, esp. p. 112.

IV. EL PROBLEMA PRINCIPAL-AGENTE

Una vez definida la relación principal-agente y realizados algunos comentarios sobre la naturaleza de la misma, debemos abordar los problemas que se derivan de dicha relación. Con ello no nos referimos a las controversias derivadas de cada relación, individualmente consideradas, sino de un problema de información que atañe a la mayoría de ellas, en tanto en cuanto el principal no tiene capacidad —o le genera demasiados costes— para observar el esfuerzo que ha dedicado el agente en el cumplimiento de su obligación —o incluso si realmente ha realizado el encargo al cual se obligó—.

En el caso de que el principal tuviera acceso a la información sobre la acción adoptada —y no fuese excesivamente costosa— o incluso si a través de la observación del resultado supiera con total seguridad la acción llevada a cabo, como dijimos arriba, la cuestión de asegurar un cierto nivel de esfuerzo sería una cuestión de menor importancia. Es decir, en este caso, el problema consistiría en cómo influir en la variación del esfuerzo observado a través de unos incentivos. Dicho de otra manera, no existiría asimetría de información durante el cumplimiento del contrato y se podría —y recomendaría— incluir el esfuerzo como una variable más del contrato. De esta manera, en el caso de que el agente no cumpliera con la acción requerida se le aplicaría una penalización. Este supuesto es conocido en la literatura económica como *first-best option*.

El problema que más literatura ha generado —y sobre el que trata la presente investigación— ha sido el de la acción oculta o riesgo moral (*moral hazard*), es decir, el principal no conoce la acción que ha realizado —o está realizando— el agente, y se debe encontrar un parámetro correlacionado para saber con cierto grado de verosimilitud que la acción escogida ha sido la óptima para el principal. Por tanto, nuestro objetivo de análisis será el contrato cuyas obligaciones derivadas, en su ejecución, presentan un resultado con ruido o azar⁵⁹. Este caso es conocido como *second-best option*. Dada esta situación, y teniendo presente que el riesgo compartido no será el óptimo en términos de Pareto, se podrá utilizar la repartición de riesgos para ajustar y crear incentivos⁶⁰.

⁵⁹ J. LUNDESGAARD, «The Holmstrom-Milgrom Model: A Simplified and Illustrated Version», *Scandinavian Journal of Management*, núm. 17 (1999), pp. 287-303, esp. p. 289.

⁶⁰ B. HOLMSTROM, «Moral Hazard and Observability», *The Bell Journal Of Economics*, vol. 10, núm. 1 (1979), pp. 74-91.

Así las cosas, el principal debe encontrar el esquema de pago adecuado. El objetivo es que el agente tenga los suficientes incentivos como para respetar el encargo encomendado y maximizar no solo su propia utilidad, sino también la del principal, minimizándose la necesidad del control. Así, la utilidad del principal se maximizará. Del mismo modo, el agente se va a ver beneficiado por la recepción de una mayor remuneración y, con todo, el coste de la relación principal-agente disminuirá; el intercambio será más eficiente. Buscamos el «mecanismo para minimizar la pérdida de agencia»⁶¹.

Dada la asimetría de información explicada anteriormente y la tendencia de cada parte a maximizar su beneficio, tendremos un potencial conflicto de intereses: «si ambas partes de la relación son maximizadores de utilidad»⁶² [como lo asume la teoría económica tradicional], hay una buena razón para pensar que el agente no actuará siempre en beneficio de los intereses del principal»⁶³; ello justifica estudiar la manera para optimizar el contrato.

En el caso de la teoría de agencia, la confianza y la inclinación a cooperar —si se dan— quedarán reforzadas y garantizadas por los controles institucionales y organizativos⁶⁴. Esto es, aunque tengamos certeza —es decir, la intuición debido a que conocemos a esa persona, por ser amigo o familiar— de que el agente cumplirá con su cometido y que actuará con buena fe, no debemos pensar que la optimización del contrato es innecesaria o incluso un obstáculo para la buena relación entre las partes. Simplemente el diseño de un contrato optimizador dará la posibilidad de reforzar la buena fe con la que actúa el agente.

En la literatura generalmente se considera que el principal es neutral ante el riesgo, mientras que el agente es averso. Se puede encontrar la explicación por la facilidad que tiene el principal, por lo general, para diversificar riesgo, mientras que el agente encuentra mayor dificultad⁶⁵.

⁶¹ Y. GORBANEFF, «Teoría del agente-principal...», *op. cit.*, p. 76.

⁶² «La teoría utiliza este supuesto para explicar cómo eligen las empresas las cantidades de trabajo, capital y materias primas que utilizan para producir, así como la cantidad de producción que obtienen». *Vid.* R. PINDYCK y D. RUBINFELD, *Microeconomía*, *op. cit.*, p. 6.

⁶³ M. C. JENSEN y W. H. MECKLING, «Theory of the Firm...», *op. cit.*, p. 308.

⁶⁴ M. PERIS-ORTIZ, C. RUEDA ARMENGOT, C. SOUZA RECH y M. PÉREZ MONTIEL, «Fundamentos de la teoría organizativa de la agencia», *Información Comercial Española (ICE). Revista de Economía*, núm. 865 (2012), pp. 107-118, esp. p. 111.

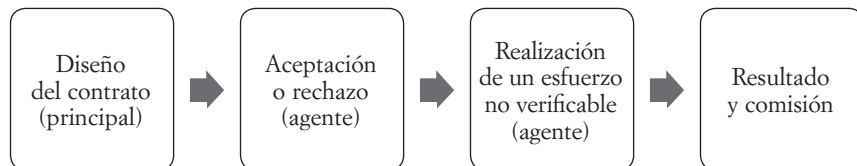
⁶⁵ B. SALANIÉ, *The Economics of Contracts*, Cambridge, MIT Press, 2005, p. 121.

V. APROXIMACIÓN ECONÓMICA DE LA TEORÍA PRINCIPAL-AGENTE

Sobre los modelos de teoría principal-agente existentes, el planteamiento de Stephen Ross fue pionero, ya que anteriormente otros trabajos como el de Kenneth Arrow mencionaron la teoría principal-agente tangencialmente⁶⁶. Sería Stephen Ross quien propondría el modelo básico, el cual durante décadas se fue perfeccionando teniendo en cuenta la inclusión de diferentes variables, como la aversión o neutralidad al riesgo del principal y del agente, condiciones sobre la incertidumbre en el escenario bajo estudio, la posible previsión y corrección del agente de sus propias acciones a lo largo del tiempo, etc. A continuación se presenta el modelo básico⁶⁷, basado, además de en los citados autores, en los trabajos de Bengt Holmstrom y Paul Milgrom⁶⁸, y de Michael Jensen y William Meckling⁶⁹, para poder esgrimir las conclusiones aplicables a las normas jurídicas objeto de análisis.

El esquema general que muestra las diferentes etapas que atraviesa el proceso que analizaremos es el siguiente:

GRÁFICO 1
Proceso del principal-agente



⁶⁶ S. ROSS, «The Economic Theory of Agency...», *op. cit.*, p. 134, y K. J. ARROW, *Essays in the Theory of Risk Bearing*, Amsterdam, North Holland, 1970.

⁶⁷ Debemos tener en cuenta que, como en todos los modelos científicos, se realiza un estudio de la incidencia de determinados factores dentro de un sistema. Es decir, consideramos los incentivos como motivadores suficientes para que se realice el encargo. Ello no significa que en la vida real no existan otros factores que impulsen a un agente a realizar el encargo con poco esfuerzo, independientemente de los incentivos, como puede ser problemas relacionados con la salud, la familia, etc. Se trata de la aplicación del supuesto de *Ceteris Paribus* —lo demás permanece constante—.

⁶⁸ B. HOLMSTROM y P. MILGROM, «Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership and Job Design», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 7 (1991), pp. 24-52.

⁶⁹ M. C. JENSEN y W. H. MECKLING, «Theory of the Firm...», *op. cit.*, p. 309.

Como se puede intuir, la primera fase y la que influye en el resto es el diseño del contrato por parte del principal. Quizás nos podríamos plantear la siguiente pregunta: ¿qué ocurre con la capacidad negociadora del agente? Como hemos comentado, el hecho de que el principal sea quien realice la encomienda no significa que exista necesariamente un desequilibrio de negociación entre ambas partes; en muchos casos, incluso, el agente puede acumular mayor poder de negociación. Este modelo no excluye la negociación de las partes. En una etapa previa al diseño del contrato han podido tener contacto, incluso puede que hayan llegado a unos consensos mínimos —o extensos—.

Eso sí, posteriormente, el principal, en aras de maximizar el intercambio, propone un contrato con unos incentivos para asegurarse de que el agente actúe tal y como se prevé en las diferentes cláusulas del acuerdo. Esto es, el principal se anticipa al comportamiento del agente.

Supongamos que el principal solamente tiene acceso a conocer los n resultados posibles, x_i , $i = 1, 2, \dots, n$; el agente debe elegir entre las diferentes acciones a , b , etc. —para simplificar el caso, supongamos que sólo se pueden realizar dos acciones—. Cada acción i conlleva un coste c_i en el que incurre el agente para realizarla. El principal no puede observar la acción i escogida por el agente, pero sí el resultado derivado de tal acción, x_i . Como dijimos arriba, realizar una acción concreta no conlleva necesariamente la obtención del mismo resultado, puesto que si fuera así, estaríamos en el escenario *first-best option*.

Por tanto, a cada acción $i = a, b$ le corresponde una distribución de probabilidades P_i sobre los niveles de resultado. Por ejemplo, si se opta por la acción a , la probabilidad de que se dé 1 como resultado podrá ser el 25 por 100, y el 75 por 100 de obtener 2. En este caso tendremos:

$$P_a(1) = 1 - P_a(2) = 1/4$$

Con la idea de que el agente realice el encargo exigido se crea un sistema de incentivos s —entiéndase como el pago al agente—. Como ya sabemos, el resultado es a lo único que tendrá acceso el principal; el sistema de incentivos deberá crearse sobre los niveles de resultado obtenidos. Por tanto, la retribución será $s_{(x)}$, siendo x_i el resultado finalmente alcanzado; es decir, en la función de retribución el nivel de resultado será la variable dependiente.

Sin embargo, a la hora de valorar la retribución y el coste asumido no todas las personas somos iguales. Por ello existe el término de utilidad.

Esto es, el nivel de utilidad —o felicidad— que le ocasiona a una persona una retribución determinada y la percepción del coste asumido. Traducido en lenguaje matemático, si el agente recibe s después de realizar la acción a , el nivel de utilidad que obtiene es $u_{(s)}$ y el coste será $c_{(a)}$. Con lo que podríamos pensar que, bajo el supuesto de racionalidad, el agente maximizará la diferencia entre $u_{(s)}$ y $c_{(a)}$.

El principal tratará de que la diferencia entre el resultado y la cuota que debe pagar al agente sea lo más amplia posible —es decir, la diferencia entre ingresos menos costes—. Pongamos como ejemplo que el principal está interesado en que el agente realice la acción b —esfuerzo alto— y no la a —esfuerzo bajo—. En este caso la función que tratará de maximizar el principal será la siguiente:

$$\sum_1^n \pi_b(x_i)(x_i - s_i) \quad (1)$$

Esta función se interpretará como el intento de maximizar la diferencia entre x_i y s_i , teniendo en cuenta la asimetría de información, es decir, que no siempre que se realice b se dará x_i , sino que existirá una probabilidad asociada —como dijimos anteriormente—, por lo que se debe tener en cuenta la sumatoria de las probabilidades de que se dé el resultado x_i realizando la acción b .

Sin embargo, la función (1) está sujeta lógicamente a restricciones. No existe sólo el interés del principal, sino que el agente también actuará mirando su propia utilidad; su propio interés. Si esto no ocurriera, el salario o la comisión sería 0, y todo el resultado x_i lo retendría el principal. Esto en la realidad no se da, precisamente porque uno de los fundamentos que recoge la teoría principal-agente es que el agente también tratará de que la relación sea lo más beneficiosa posible para él.

Por tanto, el principal se encuentra dos restricciones fundamentales a la hora de maximizar su función.

En primer lugar encontramos una restricción de participación, es decir, si el principal está interesado en que el agente realice b , la utilidad del agente de realizar b debe ser igual o mayor a la utilidad mínima que el agente está seguro de que se satisfaría en otro trabajo —su coste de oportunidad—. Es decir, el agente no aceptaría el encargo y seguiría buscando otros principales. Es un mínimo que pide el agente y que el principal deberá tener en consideración en el momento en el que redacta el contrato. Matemáticamente lo traducimos como:

$$\sum_1^n \pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(a) \geq \bar{U} \quad (2)$$

La segunda restricción es conocida como la restricción de incentivos, es decir, si las condiciones recogidas en el contrato simplemente cumplen con el mínimo requerido para el agente, éste aceptará el contrato. Sin embargo, en la tercera etapa, es decir, en la realización de un esfuerzo no verificable, es posible que no esté incentivado lo suficiente y que realice otra acción diferente a b , es decir, la acción a . Esta circunstancia la debe prever el principal *ex ante* y debe incluir los incentivos en forma de cláusula contractual. Traducido en el lenguaje del modelo, la restricción de incentivos resulta:

$$\sum_1^n \pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(b) \geq \sum_1^n \pi_a(x_i) u(s(x_i)) - c(a) \quad (3)$$

Llegados a este punto tenemos una función para maximizar —función (1)—, pero siempre teniendo en consideración dos restricciones: restricción de participación y restricción de incentivos —funciones (2) y (3) respectivamente—:

$$\sum_1^n \pi_b(x_i)(x_i - s_i) \quad (1)$$

$$\text{sujeto a } \sum_1^n \pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(b) \geq \bar{U} \quad (2)$$

$$\sum_1^n \pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(b) \geq \sum_1^n \pi_a(x_i) u(s(x_i)) - c(a), \text{ para todo } a \neq b \quad (3)$$

Para maximizar debemos aplicar el método de los multiplicadores de Lagrange: derivar e igualar a cero. Una vez despejado —véase anexo 1—, obtenemos la siguiente ecuación:

$$\frac{1}{u'(s(x_i))} = \lambda + \mu \left[1 - \frac{\pi_a(x_i)}{\pi_b(x_i)} \right] \text{ para todo } i = 1, \dots, n. \quad (4)$$

Dada la función (4), podemos extraer diferentes conclusiones:

1. En el caso de que la restricción de incentivos esté inactiva, y, por tanto, su multiplicador asociado μ sea cero, obtenemos $1 = \lambda \mu'(s(x_i))$, es

decir, cuando estamos en tal escenario, el contrato será óptimo si se incluye una retribución s constante —como en el caso *first-best option*—. Esto es, se da el caso de que la acción que quiere implementar el principal coincide con la acción que resulta ser de menor coste para el agente. En este caso se optimiza pagando una cantidad suficiente como para cubrir la utilidad mínima. Esta reflexión encuentra soporte en el hecho de que si el agente es averso al riesgo, como asume la literatura⁷⁰, y el principal es neutral al riesgo, a éste no le importará asumir riesgo y de esta forma retribuir con una menor s al agente, quien se contenta, ya que no asume riesgo, cubre su utilidad mínima y realiza la acción con un menor coste implícito. Este caso, aunque ideal desde el punto de vista teórico, es inusual en la práctica, puesto que si no se da la restricción de incentivos, la tendencia del agente será realizar la acción con menor coste o esfuerzo, es decir, la que supone un menor esfuerzo, lo que precisamente el principal va a tener que tratar de combatir. La idea que subyace cuando encontramos que $\mu = 0$ es que el principal no debe incentivar y que no existe coste para el principal derivado del riesgo moral, lo cual sería muy extraño encontrarlo en la vida económica y comercial.

2. Podemos preguntarnos qué ocurriría si $\mu < 0$, es decir, que debido a la existencia de riesgo moral, el principal se viera beneficiado. Esto es, que no supusiera un coste para el principal, sino un ingreso, lo cual es aún más extraño que el caso anterior. Por ir en contra de la lógica del modelo, este caso lo podemos excluir.

3. El modelo parte de la idea que $\mu > 0$, es decir, simplemente con la existencia de riesgo moral se da un coste estrictamente positivo para el principal. Es una cuestión muy intuitiva: el problema principal-agente conlleva un coste asociado, el coste de agencia. Un supuesto que incluya información simétrica siempre será más rentable para el principal. Cuanta mayor información disponga, sin tener que pagar por ella, será más beneficioso para la relación principal-agente y también para maximizar su propia utilidad.

4. En este último caso, que es sobre el que seguiremos haciendo observaciones, si la acción requerida por el principal no es la de menor coste, necesariamente la retribución deberá incorporar un componente variable. En este supuesto, como se acabó de decir, se incluye la mayoría de casos en la práctica.

5. Partiendo de que $\mu > 0$, el pago será más alto si la información sobre la acción realizada finalmente por el agente es mayor. Ello nos lo

⁷⁰ B. SALANIÉ, *The Economics of Contracts*, op. cit., pp. 120-130.

dice el ratio $\frac{\pi_a(x_i)}{\pi_b(x_i)}$ (conocido como ratio de verosimilitud). Este ratio nos proporciona la probabilidad de que, dándose el resultado x_i , hayamos elegido la acción a en vez de la acción b . Consecuentemente, cuanto mayor sea el ratio, sabremos que la probabilidad de elegir a en vez de b es mayor. Teniendo en cuenta que el interés del principal en nuestro ejemplo es que el agente actúe conforme a b , si el ratio de verosimilitud es alto deberá pagar una menor retribución. Y ello lo fundamentamos en que si es mayor el ratio de verosimilitud, el lado derecho de la ecuación (4) es menor y ello repercute en el lado izquierdo de la ecuación, donde $u'(s(x_i))$ será mayor, y, por tanto, $(s(x_i))$ —es decir, la retribución—, será menor. Lo mismo a la inversa: si el ratio de verosimilitud es bajo, la probabilidad de que el agente realice b es mayor que a . En este caso la retribución plasmada en la cláusula contractual debe ser mayor.

Sin embargo, podemos tener la duda de cómo podemos diseñar un contrato dependiendo de lo que ocurra posteriormente. Es decir, para conocer el ratio de verosimilitud se necesitará anteriormente hacer estudios econométricos y estimatorios para conocer un ratio fiable sobre el que diseñar el contrato⁷¹.

6. Debemos pensar, por tanto, que el nivel de retribución no se debe basar en el nivel de resultado obtenido, sino en el incentivo que se genera antes de ejecutar el encargo, teniendo en cuenta la probabilidad de que, dado un determinado resultado x_i , se haya optado por la realización de una acción en vez de la otra.

7. Podemos obtener la misma conclusión en el supuesto de que el esfuerzo sea continuo en el tiempo, como en el caso del contrato de agencia comercial⁷².

VI. ANÁLISIS DE LAS NORMAS JURÍDICAS COLOMBIANAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE AGENCIA BAJO EL MODELO PRINCIPAL-AGENTE

En primer lugar debemos decir que en ninguno de los artículos reguladores de aspectos muy significativos de dicho contrato subyace la lógica del problema principal-agente. En el momento en el que se redactan

⁷¹ *Ibid.*, p 128.

⁷² I. MACHO-STADLER y D. PÉREZ-CASTRILLO, *An Introduction to the Economics of Information*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 97-98.

los artículos (1.317 y ss.) se impone la línea de pensamiento existente en la segunda mitad del siglo xx que estimaba que el agente mercantil, como supuesta parte débil de la relación, debía ser protegido⁷³, pero no así el principal. Esto comporta unas consecuencias necesariamente evitables. Los agenciados —que cumplen con el rol de principal— se vieron desprovistos de incentivos para contratar porque, a pesar de que en muchos casos muestran una posición neutral al riesgo, la configuración del contrato dista de ser eficiente⁷⁴. Ello porque las normas, algunas de ellas imperativas, han protegido al agente mercantil de los riesgos jurídicos y económicos, pero se han olvidado de proteger al principal de los riesgos derivados de los problemas de información asimétrica de la relación. La realidad se impuso y era más rentable utilizar otras herramientas o la misma herramienta disfrazada de otros contratos. A continuación vemos algunos ejemplos.

1. Exclusividad a favor del agente

El art. 1.318 reza: «Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos».

En primer lugar, afortunadamente se trata de una norma supletiva⁷⁵ y nos podemos preguntar lo siguiente: si puede ser objeto de modificación bajo el paraguas del principio de autonomía de voluntad de las partes, ¿por qué entrar a analizar y proponer modificaciones de una norma supletiva? Sobre todo, si partimos de la base de que no hay nadie mejor que las partes para saber sobre sus propios intereses y sobre las circunstancias concretas del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente dos aspectos de los cuales se deduce la necesidad de la adecuación de las normas supletivas reguladoras del contrato de agencia: 1) las normas supletivas cumplen con una función de inercia según la cual se ha comprobado que, a no ser que exista especial interés en determinadas cláusulas⁷⁶, las normas supletivas no

⁷³ Por ello, autores como J. I. NARVÁEZ GARCÍA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1979, p. 285, o J. P. CÁRDENAS, *El contrato de la agencia mercantil*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 120-121, opinan que las prestaciones recogidas en el art. 1.324 son normas de orden público y, por tanto, irrenunciables.

⁷⁴ J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 232-233.

⁷⁵ Es un elemento natural y no esencial del contrato de agencia. *Vid.* el art. 1.501 del Código Civil colombiano.

⁷⁶ De la misma manera puede darse que, aunque tengan interés, muchas veces las partes lo olvidan, no tienen tiempo o es costoso pactar en contrario.

son modificadas sobre todo por los costes de transacción a la hora de negociar y redactar la misma⁷⁷, y 2) visto los fundamentos de la teoría principal-agente, las normas pueden —y deberían— ser modificadas en aras de maximizar el intercambio entre principal y agente.

En segundo lugar, el art. 1.318 sería más eficiente si fuera permisivo y no restrictivo, es decir, que, salvo pacto en contrario, el agenciado pueda contar con más de un agente mercantil en la zona —si lo estima oportuno—. Esto se explica porque con un mayor número de agentes mercantiles, la información de la que dispone el agenciado es superior y de esta manera se reduce la asimetría de información. Por esta razón, esta norma supletiva (art. 1.318), tal como está redactada actualmente, es ineficiente, lo cual lo explicamos a continuación —proponiéndose su modificación—.

Si las partes no entran a modificar lo previsto en el art. 1.318 —siguiendo la inercia previamente mencionada— y el empresario solamente cuenta con un agente mercantil en la zona para el mismo ramo de actividades o productos, la asimetría de información se acentúa. Esto es, si sólo existe un agente mercantil, teniendo en cuenta que el domicilio del principal puede encontrarse en otras latitudes, éste contará con información sesgada. Será tarea difícil evaluar el desempeño de su agente mercantil si no tiene otros agentes mercantiles actuando en la misma zona y realizando las mismas actividades, de forma que pueda realizar ejercicios evaluativos y que, vía las presiones de la competencia, den un incentivo al agente mercantil para emplear un mayor esfuerzo. Siguiendo con nuestro ejemplo inicial del tren⁷⁸, el equivalente sería que la empresa sólo dispusiera de un tren —el equivalente a una zona geográfica de distribución— con un solo azafato —el equivalente a un solo agente mercantil en esa zona geográfica—. No habría más azafatos y trenes, de forma que contaríamos con menos información y el agente mercantil tendría más margen para desarrollar comportamientos oportunistas al no poderse comparar su actuar con otro agente en la misma zona. Otro ejemplo, pensemos en un agente mercantil domiciliado —o su establecimiento— en Colombia y el principal en España. Si el esfuerzo desarrollado por el agente mercantil en Colombia fue siempre menor al requerido por el agenciado, o incluso viene a menos, el agente mercantil en Colombia podrá presentar excusas como que el producto fabricado por el principal no tiene gran acogida en Colombia, cuando en

⁷⁷ R. KOROBIKIN, «The Status Quo Bias and Contract Default Rules», *Cornell Law Review*, vol. 83 (1998), pp. 609-687, esp. pp. 625 y ss.

⁷⁸ Consúltese este planteamiento en la primera página del presente trabajo.

realidad la disminución de ventas se debe a su comportamiento poco involucrado en la promoción del mismo. Si hay otros agentes mercantiles, sus posibles mejores resultados desvirtuarán estas excusas y los costes de agencia⁷⁹ en este caso disminuirían.

La idea es la misma que se consagra en el modelo previamente explicado: si el comportamiento del resto de los agentes mercantiles puede darnos más información sobre el esfuerzo dedicado a la conquista del mercado, se debe tener en cuenta en la configuración del contrato. Piénsese en el ejemplo de que existen tres agentes mercantiles en Medellín (Colombia). Si uno de ellos está obteniendo unas cifras mejores que meses anteriores, pero los otros dos agentes mercantiles están obteniendo resultados mucho mejores, se podría pensar que la mejora de las ventas del primer agente mercantil no se debe exclusivamente a un mayor esfuerzo, sino a un estado de la naturaleza, es decir, una variable exógena que condiciona el contexto, como, por ejemplo, la mejora en la situación económica de la ciudad o el aumento de ventas de productos complementarios⁸⁰. En este caso no se le debería premiar⁸¹ —o si se le premia, no en los términos que se haría si sólo hubiese un agente mercantil—. De hecho, sus resultados son menores a los esperados. Por supuesto, si el resultado del agente mercantil es suficiente como para conocer con alta probabilidad cuál fue el esfuerzo, no se tendrá en cuenta la actuación del resto de los agentes mercantiles. Pero este último caso será difícil que se dé en la práctica, puesto que será información a bajo coste que hará que la información asimétrica disminuya, cosa que siempre va a interesar, como dijimos, para optimizar el contrato y disminuir los costes de agencia.

Nos podríamos preguntar qué ocurriría en el caso de que entre los agentes mercantiles se diera un juego cooperativo⁸², en el sentido de que

⁷⁹ «Dentro de tales costos la doctrina suele destacar los costos de vigilancia, los costos orientados a reducir la discrecionalidad y la pérdida residual [producida por la discrepancia de intereses respecto de los del agente]». Vid. F. REYES VILLAMIZAR, *Análisis Económico del Derecho...*, op. cit., p. 74, citando a M. C. JENSEN y W. H. MECKLING, «Theory of the Firm...», op. cit., p. 86.

⁸⁰ «Dos bienes son complementarios cuando la subida del precio de uno de ellos provoca una reducción de la cantidad demandada del otro». Vid. R. PINDYCK y D. RUBINFELD, *Microeconomía*, op. cit., p. 27. Es decir, si aumenta la demanda de un bien, también aumenta la demanda de sus bienes complementarios (por ejemplo, si un modelo de celular aumenta drásticamente su precio disminuirán las ventas de la carcasa diseñada para ese celular).

⁸¹ Lo que podría tener efectos para el cálculo tanto de la cesantía comercial como de una eventual indemnización.

⁸² «En un juego cooperativo los jugadores pueden negociar contratos vinculantes que les permitan adoptar estrategias conjuntas. En un juego no cooperativo no es posible nego-

se pusieran de acuerdo para ir administrando esfuerzos y, de esta forma, aumentar aún más la información asimétrica y el coste de agencia. Esta situación es perfectamente dable. Hay diferentes formas para atajar esta situación, y principalmente se pueden señalar los denominados contratos de torneo (*tournament contracts*), es decir, contratos en los que se configura una competición entre los diferentes agentes mercantiles de forma que quien mejor actuación presente sea recompensado con un bono. Claro está que «mejor actuación» es un concepto vago, puesto que dependería del contexto y de las partes que intervienen en el contrato. En el ejemplo de los agentes mercantiles en Cali, Bogotá y Medellín no tendría mucho sentido crear un *ranking* y pensar que quien más venda se merece un bono, puesto que están actuando en contextos diferentes. La demanda en Bogotá, en principio, potencialmente es mucho mayor con respecto a las otras ciudades mencionadas. Pero sí sería posible el torneo entre agentes mercantiles que actúen en la misma ciudad. Lo ideal es que en el *ranking* se refleje la información necesaria para representar el esfuerzo.

Otro ejemplo de por qué es necesario cambiar este artículo es que no se tendría que pactar en contrario en el escenario en el que el campo de actuación del agente mercantil sea todo el territorio nacional, como puede ser común. En este caso, con mayor motivo es recomendable contar con más de un agente mercantil, puesto que el número de variables que pueden afectar al resultado final es mayor y la asimetría de información puede incrementar. Se hace notoria la necesidad de pactar en contrario y estipular que no existirá exclusividad a favor del agente mercantil. El coste de transacción que ello supone puede ser ahorrado a través de la modificación de la norma comentada.

Incluso una situación posible es que en el contrato no se determine el ramo de productos o la zona donde serán promovidos para que se actúe en todo el territorio. Gabriel Escobar Sanín señala que si no se especifica el ramo debe entenderse que el objeto del contrato comprende todos los productos que suministre el agenciado⁸³. De la misma manera, si no se incluye el territorio específico donde se ejecutará el contrato se entiende que es todo el territorio nacional —si el agente mercantil⁸⁴ no actúa

ciar e imponer un contrato vinculante». Vid. R. PINDYCK y D. RUBINFELD, *Microeconomía*, op. cit., pp. 550-551. En este caso sería cooperativo, porque las partes pueden llegar a un acuerdo para que ambos puedan aumentar su utilidad.

⁸³ G. ESCOBAR SANÍN, *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 373.

⁸⁴ Vid. el art. 1.622 del Código Civil colombiano.

sólo en una zona concreta de ese territorio nacional—. Esta opción puede tener sentido si le queremos dar mayor libertad al agente mercantil, quien sabrá mejor por donde comenzar y los pasos sucesivos para conquistar el mercado nacional. En este caso, interesa disponer de otro(s) agente(s) mercantil(es) para medir esfuerzos.

Por último, la exclusividad a favor del agenciado es regulada en el art. 1.319 (su artículo espejo), el cual dispone:

«En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores».

En este caso, y a diferencia del art. 1.318, salvo pacto en contrario, sí está permitido que el agente mercantil pueda ofrecer sus servicios a diferentes agenciados competidores. Comparando ambas normas se evidencia que la idea subyacente es la de proteger los intereses del agente mercantil en detrimento del agenciado, sin importar los costes de agencia que ello supone y hemos evidenciado previamente. Es decir, la norma es completamente proagente y contraagenciado, algo que podría haber sido razonable cuando el Código de Comercio se promulgó hace más de cuarenta años pero que hoy en día es un tratamiento desequilibrado que no encuentra razón de ser.

2. Cumplimiento del encargo y rendición de informes

En el art. 1.321 se prevé⁸⁵ una obligación añadida que sería la de rendir la información relativa a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio. El precepto exige que el agente mercantil entregue la información que sea útil para el principal. ¿Cómo sabrá el agente mercantil la información que le pueda ser útil al principal? Una de dos: 1) se negocia *ex ante* —por lo que debemos pensar en los costes de transacción que puede conllevar ese momento en el que se negocia— la información que será útil para el principal y que el agente mercantil deberá entregar desde que comienza la ejecución del contrato, teniendo el defecto de que *ex ante*

⁸⁵ Art. 1.321: «El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado a tenor de las instrucciones recibidas y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio».

es difícil saber cuál será la información necesaria, teniendo en cuenta que precisamente uno de los motivos por los que se da la celebración del contrato de agencia es que el agenciado no acumula gran conocimiento sobre el contexto donde el agente mercantil finalmente actúa, o 2) mientras se ejecuta el contrato las partes determinan *ex post* cuál es la información que debe entregar teniendo en cuenta las características del mercado y los vaivenes de dicho contexto.

La información a entregar debe ser la considerada útil —o necesaria— por el agente mercantil⁸⁶, no por el empresario. El motivo principal es que el agente mercantil, quien es la parte que conoce mejor el contexto y sus características, dispone de mayor información sobre los entresijos del negocio. En este caso todos y cada uno de los aspectos sobre el negocio que considere útiles deberán ser comunicados al principal. De ese modo se evitan negociaciones que puedan generar un aumento de costes de agencia y un flujo reducido de información.

Esta idea se ve recogida en el art. 9 de la Ley del Contrato de Agencia⁸⁷ de España, sobre el contrato de agencia⁸⁸, que reza lo siguiente:

«Comunicar al empresario *toda la información de que disponga cuando sea necesaria para la buena gestión* de los actos u operaciones cuya promoción, y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución».

Este apartado fue inspirado por el art. 3 de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, que expresa lo siguiente:

«El agente comercial en particular deberá:

- a) ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado;
- b) comunicar al empresario *toda la información necesaria*⁸⁹ de que disponga;

⁸⁶ En el mismo sentido, G. ESCOBAR SANÍN, *Negocios civiles y comerciales...*, op. cit., p. 373, comenta que «el agente dará las informaciones necesarias para que éste pueda controlar el desarrollo del negocio».

⁸⁷ Ley 12 de 1992, de 27 de mayo.

⁸⁸ Coincidente con el art. 542.9 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil español, con fecha 31 de julio de 2014.

⁸⁹ Ahora bien, si interpretamos de manera literal la expresión «información necesaria», podemos tener la tentación de interpretarla de manera extensiva y pensar que toda la infor-

c) ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario».

En conclusión, para que sea eficiente, el agente mercantil deberá transmitir toda la información de que disponga⁹⁰ y que no sea superflua —bajo su criterio, teniendo en cuenta el negocio a promover y el contexto—, y deberá ser transmitida al empresario, verse sobre las condiciones del mercado o sobre un negocio concreto.

Podemos preguntarnos qué ocurriría si el agente mercantil no está interesado en entregar esta información al principal —partiendo de la idea de que tratará de maximizar su propio beneficio a costa, si es necesario, del beneficio del agenciado—. En primer lugar, el agente mercantil asume la obligación de realizar la contraprestación de buena fe y con lealtad⁹¹. Si el agente mercantil está recabando información sensible para lucrarse y apropiarse, en el futuro, de una porción del mercado no estaría actuando de buena fe. Estaría desconociendo la naturaleza del contrato de agencia: un contrato de distribución y colaboración. Por supuesto, además los incentivos tienen un papel de enorme relevancia para que realice ésta y el resto de tareas de la manera que se le requiere, como hemos comentado anteriormente.

mación es necesaria. J. MOXICA ROMÁN, *La Ley del Contrato de Agencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 1998, aclara que: «Lo que la Ley pretende es que el agente, como mejor conocedor de la zona que su empresario, facilite a éste cuanta información sea oportuna para que en la misma se puedan desarrollar los mayores y mejores negocios posibles, y referida no sólo en relación directa con la promoción y, en su caso, conclusión de los actos u operaciones que se han encomendado, sino además en relación indirecta, facilitando al empresario información sobre los gustos de sus clientes en relación con los productos que está promocionando, necesidades que tiene ese mercado, ofertas de esa competencia, etc., y, en definitiva, toda aquella información que, si es atendida por el empresario, permitirá una mayor penetración en el mercado».

⁹⁰ Considérese que, además de la información que tenga el agente mercantil a su disposición, se incluye la información que por ser agente mercantil es de esperar que maneje. Esto se explica por la intención de no crear un desincentivo para que el agente mercantil esquivе información sensible solo para no asumir la responsabilidad de transmitirla, tendiendo a realizar un menor esfuerzo.

⁹¹ *Vid.* Código de Comercio, art. 871. M. J. BOTANA AGRA, «El contrato de agencia en el Derecho español», *Derecho de los negocios*, núm. 30, año 4 (1993), pp. 1-14, dice: «La lealtad exigida al agente ha de entenderse en su sentido más genuino: como cumplimiento de lo que imponen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. Por su parte, la buena fe significa actuar con honradez, sin engaño, sin reticencia, haciendo honor a la confianza depositada por parte del empresario *fiado*». F. REYES VILLAMIZAR, *Análisis Económico del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 93-97, expone la pertinencia del deber fiduciario de lealtad —junto con el deber de diligencia— para aminorar los costes de agencia.

3. Cesantía comercial e indemnización

En primer lugar, desde el punto de vista económico debemos decir que la cesantía comercial⁹² implica un aumento de la remuneración del agente mercantil tras realizar su encomienda⁹³. La primera cuestión a resolver será si la cesantía comercial tiene repercusión en los incentivos plasmados en el contrato⁹⁴. La respuesta es, sin duda, positiva, puesto que es una cuantía que, sin importar el motivo de terminación del contrato, el agente mercantil recibirá⁹⁵ y tendrá efectos en su comportamiento —a menos que las partes hayan pactado en su contra, como parece permitirlo una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 2011—⁹⁶. La segunda pregunta es si ese incentivo juega a favor de la teoría económica expues-

⁹² Art. 1.324, bajo la rúbrica «Terminación del mandato», reza lo siguiente: «El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor. Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario».

⁹³ Recuérdese que, debido a la naturaleza y función económica del contrato, la encomienda de promover un negocio debe haber sido de manera permanente. La estabilidad es un elemento esencial, lo cual es unánime en jurisprudencia y doctrina. Por ejemplo, *vid.* J. A. GÓMEZ MEJÍA, *Contratos comerciales*, Bogotá, Anaké, 1980, o H. CARDOZO LUNA, *La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1973.

⁹⁴ Autores como J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 232-249, aseguran la existencia de una relación causa-efecto entre la cesantía comercial y el desincentivo que la misma genera para celebrar el contrato de agencia mercantil.

⁹⁵ Obviamente, el único caso dable para que el agente mercantil no cobre tal indemnización es que no haya promovido ningún contrato y no se haya generado ninguna comisión.

⁹⁶ El Código de Comercio no dice si es una norma supletiva o imperativa. La Corte Suprema de Justicia hasta el 2011 decía que era imperativa y hoy cree que es supletiva: «No obstante el derecho de las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, en ejercicio legítimo de su libertad contractual y autonomía privada dispositiva, para disponer de la prestación económica consagrada en el inciso 1 del art. 1.324 del Código de Comercio a través de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico, el acto dispositivo está sujeto a control judicial cuando se presenta una controversia en su génesis, contenido, validez, eficacia o ejercicio». *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 19 de octubre de 2011 (ref. exp. núm. 11001-3103-032-2001-00847-01, M. P.: William Namén Vargas). Desde nuestro punto de vista, se trata de una norma supletiva, porque no hay fallos del mercado que hagan necesario que sea imperativa.

ta previamente, consistente en que los incentivos contractuales deben estar dirigidos a generar el impulso necesario para que el agente mercantil cumpla su obligación tal como la asumió. En este sentido, al igual que el resto de incentivos redactados en el contrato, la cesantía comercial debería determinarse por el esfuerzo imprimido y no por el criterio azaroso finalmente acogido en el Código de Comercio, que simplemente tiene en cuenta las ventas pero sin importar si éstas fueron o no el resultado del esfuerzo del agente. Esto quiere decir que, poniéndonos en los zapatos del agenciado, sin lugar a dudas es —y ha sido— un desincentivo para celebrar contratos de agencia comercial.

La cuestión es que si el resto de incentivos del contrato tienen su razón de ser en el esfuerzo, ¿qué sentido tiene la cesantía comercial?⁹⁷ Podemos llegar a pensar que se trata de un incentivo duplicado y que esto reportaría mayor esfuerzo. Sin embargo, ese mismo esfuerzo se podría conseguir igualmente a través del aumento de las comisiones para tener el mismo resultado y para que el agente mercantil reciba la remuneración merecida⁹⁸ mientras se ejecuta el contrato. La cuestión es que actualmente la cesantía comercial, tal como está configurada, afecta a la flexibilidad necesaria para diseñar el incentivo según el caso. Es decir, en cierta forma la norma está homogeneizando el incentivo —o una parte del mismo—. La idea es que no todos los agentes mercantiles tienen la misma curva de utilidad, no todos los mercados a conquistar son los mismos ni las condiciones de los contratos tienen porqué ser similares. Es decir, los incentivos deben ser adaptativos según el contexto.

Si bien es cierto que desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia⁹⁹ de 2005 la cesantía se puede prepagar y puede tener efectos positivos para el intercambio —recomendable en la situación actual si no se pacta

⁹⁷ De hecho, el Proyecto de Ley sobre el contrato de agencia comercial de bienes estipula en su art. 4 lo siguiente: «La prestación a la que se refiere el primer inciso del art. 1.324 del Código de Comercio sólo se aplicará a la agencia comercial de bienes cuando las partes del contrato así lo acuerden».

⁹⁸ Es importante señalar que suprimir la cesantía comercial no debe conllevar la irremediable consecuencia de una menor remuneración al agente mercantil. La idea es más bien la contraria, el agenciado deberá aumentar el valor de las comisiones, precisamente para asegurarse de que el esfuerzo del agente mercantil será el acordado y que esto conlleve indirectamente a una mayor utilidad de éste.

⁹⁹ Este razonamiento es acogido por la Corte Suprema de Justicia: «Habida cuenta que el pago anticipado de la prestación no es —no puede ser— sinónimo de renuncia, sino, por el contrario, de cumplimiento de la prestación debida, hipótesis en extremo diversa». *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de febrero de 2005 (ref. exp. núm. 7504, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

en contra de su existencia—, sigue teniendo una injerencia importante en el esquema de incentivos. Es más, al ser una piedra angular del contrato, es normal que acarree una serie de negociaciones y redacción de la cláusula que suponen costes de transacción evitables. Es por ello que, en conclusión, la cesantía comercial (primer párrafo del art. 1.324) debería ser eliminada en aras de promover la eficiencia en el intercambio.

VII. SUGERENCIAS

A continuación se presentan diferentes normas a modo de sugerencias que pueden coadyuvar a que haya un mejor flujo de información entre agenciado y agente mercantil.

1. Recoger reclamaciones y sugerencias

Para decidir las técnicas de conquista de un mercado, el primer paso es conocer el producto a comercializar y el tablero sobre el que se va a operar. Por ello, la retroalimentación por parte de los consumidores es importante y, a veces, definitiva¹⁰⁰. Lo lógico y más eficiente es que las reclamaciones y sugerencias se dirijan al agente mercantil y que éste, puesto que tiene la obligación de transmitir toda la información útil y necesaria para promover el negocio, se lo comunique al agenciado —sobre todo cuando el agente actúa como un mandatario del principal—¹⁰¹. Facilita el servicio posventa a los consumidores, facilita el acierto en los ajustes necesarios en la promoción de los productos y conoce de primera mano la respuesta del público objetivo. Se trata de una obligación de actuar en nombre del agenciado, independientemente de si tiene representación para celebrar

¹⁰⁰ El agente mercantil debe actuar manteniendo «una actitud de búsqueda, de prospección de clientes; es el agente el que ha de salir a su encuentro, ir a su hallazgo, sin limitarse a esperar que aquéllos se aproximen». Ello pone de manifiesto que la actitud del agente mercantil no debe ser pasiva, sino de tratar de penetrar un mercado activamente. De ahí la necesidad de contar con la información relevante y actualizada.

¹⁰¹ Esta obligación no está prevista en la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986; sin embargo, ha sido recogida por el Derecho italiano, alemán y español, entre otros. Por ejemplo, el art. 9.2.d) de la Ley del Contrato de Agencia de España establece lo siguiente como obligación del agente mercantil: «Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido».

negocios jurídicos en nombre de éste. Esta obligación genera el incentivo para que el agente mercantil disponga de información más clara e inmediata que impulse al agente mercantil a tener una mejor actuación con un mayor esfuerzo. Si consideramos la información como un bien y consideramos que es eficiente que los mismos deben ser «transferidos a aquellos usos en los que alcanzan un mayor valor social (eficiencia alocativa)»¹⁰², será más eficiente que la información relevante sobre la comercialización del producto llegue al agente mercantil directamente. Si se considera una información relevante, deberá ser comunicada posteriormente al agenciado como vimos anteriormente.

2. Remuneración

Existe un aspecto importante a señalar en cuanto a la remuneración¹⁰³. Cuando el empresario celebre el contrato pero éste se deba ejecutar en la zona asignada al agente mercantil, éste recibirá la comisión. Aquí se deben realizar dos comentarios: 1) El hecho de que el nexo con la zona asignada sea el lugar de ejecución del contrato puede conllevar dificultades. Se puede dar el caso de que se ejecute parcialmente en la zona asignada o se evite ejecutarlo en dicha zona para evitar el pago de la comisión al agente mercantil; situación indeseable aunque común en estas épocas en que la distribución mercantil puede llevarse a cabo simultáneamente en varias zonas. La sugerencia es que si el tercero tiene domicilio¹⁰⁴ en la zona asignada, el agente mercantil pueda cobrar la comisión¹⁰⁵. Lo ideal es que la zona de operaciones del agente mercantil sea lo más amplia posible para que los canales de mercadeo desarrollados —incluyendo canales

¹⁰² M. CASTILLA, *Regulación y competencia en los mercados de valores*, Madrid, Civitas, 2001, p. 47.

¹⁰³ Art. 1.322: «El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio».

¹⁰⁴ Esta misma medida es acogida por el art. 12.2 de la Ley española 12/1992 y basado en el art. 7 de la Directiva 86/653: «Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas tendrá derecho a la comisión siempre que el acto u operación de comercio se concluya durante la vigencia del contrato de agencia con *persona perteneciente a dicha zona o grupo*, aunque el acto u operación no haya sido promovido ni concluido por el agente».

¹⁰⁵ Si hay varios agentes mercantiles y no está determinado el agente mercantil que lo ha promovido se dividirá la comisión a partes iguales.

on line— sean ambiciosos y pueda aspirar a cuantiosas comisiones. 2) Si el tercero tiene su domicilio en un lugar diferente a la zona asignada, pero el contrato se ejecuta en la zona asignada, el agenciado debería pagar la comisión. Sin embargo, esta situación puede derivarse en un desincentivo para tener varios agentes mercantiles compartiendo dicha zona o para hacer negocios allí directamente. Esto se debe a que el empresario pagaría tantas comisiones como agentes mercantiles por la misma transacción. Incluso podría crear comportamientos oportunistas, de manera que los agentes mercantiles se pusiesen de acuerdo para comunicar a los potenciales clientes con domicilio fuera de la zona asignada que se dirijan al agenciado para celebrar el contrato y ejecutarlo en la zona. De esta manera todos los agentes mercantiles cobrarían dicha comisión y los gastos para el empresario se multiplicarían por el número de agentes mercantiles. Por ello, el sistema de remuneración se debe reconsiderar. La sugerencia es que si el contrato lo celebra el agenciado y se ejecuta en la zona asignada al agente mercantil, en caso de que la promoción del contrato haya sido realizada por varios agentes mercantiles, la comisión será repartida entre el número de agentes mercantiles intervinientes¹⁰⁶, salvo pacto en contrario. Si el contrato se ejecuta en la zona asignada al agente comercial y el tercero tiene el domicilio fuera de ella, pero dentro de la zona asignada a otro agente mercantil, la comisión la cobrará quien haya promovido el negocio. De esta forma, los agentes mercantiles aumentarán su esfuerzo para competir y poder concluir los contratos ellos mismos, sin quitar la posibilidad de que, dependiendo del caso, las partes convengan una cláusula diferente.

3. *Stock options*

Los avances en el análisis económico societario arrojan luz sobre diferentes modos de alinear los intereses del administrador (agente) y accionistas (principal) en aras de disminuir los costes de agencia. En este sentido nos debemos preguntar si dichos métodos podrían ser aplicables con el propósito de favorecer la eficiencia en el contrato de agencia y así disminuir los costes de agencia.

¹⁰⁶ Si no existe determinación sobre el agente que ha intervenido en la promoción del negocio, la comisión se dividirá entre el número total de agentes mercantiles operantes en la zona asignada.

Es muy destacable la estrategia señalada por Reyes Villamizar para alinear los intereses del principal y del agente a través de la opción de acciones (*stock options*), es decir, en el momento en que se celebra el contrato laboral, el mismo incorpora una serie de cláusulas sobre el —posible— ejercicio —por parte del administrador— de una opción de adquisición de acciones de la sociedad. De esta manera, se mantiene una oferta abierta durante un tiempo determinado, tornándose más atractiva con el paso del tiempo si el valor de las acciones aumenta¹⁰⁷. Ello constituye un claro incentivo no sólo para que el administrador permanezca en su puesto evitando la tentación de puestos similares en otras sociedades, sino también para estimular su creatividad y dedicación —e indirectamente la sociedad se beneficia de dicha gestión aumentando las probabilidades de satisfacción de las expectativas de los accionistas—. Asimismo, el administrador podrá beneficiarse de los «incrementos de precio que experimente la acción de la compañía en el lapso comprendido entre la suscripción del contrato y la redención efectiva de la opción»¹⁰⁸.

De una manera semejante, podríamos considerar como un incentivo para el agente mercantil que éste tenga la opción de adquirir acciones del agenciado a un precio preestablecido y aprovecharse de esta manera del aumento del valor propiciado por la diligente actuación del agente; esto es, dada la conquista eficiente de un mercado por parte del agente, previsiblemente se reflejará en el incremento del valor de las acciones del agenciado.

A pesar del claro incentivo que suponen las *stock options*, así como su utilidad para disminuir el coste de agencia, se debe considerar que existen desventajas. En primer lugar, podemos señalar la dificultad para conocer la relación causa-efecto de la labor del administrador y la mejora sustancial de sus balances. Esta dificultad, naturalmente, también se da en el contrato de agencia, y es que ciertas variables exógenas pueden provocar que mejore el clima de negocios en el que opera el agente mercantil, a pesar de estar midiendo sus esfuerzos. En segundo lugar, debemos prever que, presuponiendo que el administrador cumpla con sus obligaciones de manera impecable y haya ejercido la opción, quiera liquidarlas inmediatamente, teniendo presente que conoce el futuro próximo de la sociedad y la probabilidad de que el valor de las acciones disminuya¹⁰⁹ o simplemente porque nece-

¹⁰⁷ F. REYES VILLAMIZAR, *Análisis Económico del Derecho...*, op. cit., pp. 90-92.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰⁹ Lógicamente esta probabilidad la podrá obtener de manera intuitiva, debido a la experiencia acumulada en el sector.

site liquidez a corto plazo. Sin embargo, existe un elemento a favor para que esta estrategia sea más exitosa como incentivo del contrato de agencia, puesto que el agente cuenta con menor información sobre la posible volatilidad del valor de las acciones en el futuro próximo, disminuyendo sus posibilidades para especular con las mismas. Eso sí, no se puede prever que el agente pueda necesitar liquidez a corto plazo y verse en la necesidad de vender las acciones. Si esto ocurre de manera más o menos inmediata, la *stock option* se convierte en un incentivo ineficiente, puesto que el incentivo cumple su función hasta el momento en que liquida las acciones, pero no posteriormente. Además conlleva un coste asociado por la disminución del valor del resto de acciones en circulación.

La cuestión es, ¿cómo se puede incentivar al agente para que no liquide las acciones y se vea incentivado por las ganancias derivadas de su mayor esfuerzo? La solución que se podría esbozar, *prima facie*, sería un incentivo escalonado, de manera que pueda continuar adquiriendo en el futuro más acciones a igual o menor precio. Ello conllevaría que el incentivo siempre existiese, independientemente de que un determinado resultado en un determinado periodo se justifique por meros elementos azarosos. Sin embargo, este diseño de incentivo continuado en el tiempo también podría diluir el valor del resto de acciones en circulación.

Dicho lo anterior, desde el punto de vista societario se debe tener presente que se deberá tomar con precaución la configuración de dicho incentivo, como el mismo autor señala, puesto que puede generar estrategias que supongan una mayor asunción de riesgos, para sí mismo y para la sociedad. En el caso del contrato de agencia es una situación diferente: la asunción de riesgos monetarios innecesarios por parte del agente serán asumidos por el agente, y aunque podría perjudicar la penetración a un determinado mercado, la existencia de diferentes agentes en una misma zona mitigaría aún más el riesgo para el agenciado.

En conclusión, constituye un incentivo considerable para que el agente ofrezca su mejor actuación posible; sin embargo, no es aconsejable considerarlo como el único o principal incentivo, puesto que puede conllevar efectos contraproducentes y adversos sobre el valor del resto de acciones.

4. Deberes fiduciarios

Es una concepción proveniente de la familia del *Common Law*, consistente en la concepción del administrador como fiduciario de la socie-

dad, quien deberá actuar en beneficio de ésta adoptando siempre los cursos de acción que sean de mayor conveniencia para la sociedad: «El deber fiduciario implica la necesidad de que el agente actúe para el beneficio del principal, de manera tal que debe subordinar su propio interés respecto del de aquél»¹¹⁰.

Sin duda, se trata de una concepción que favorece la eficiencia en la transacción, aminorando los costes de agencia, puesto que es una concepción que alinea el interés del agente con los del principal. En este sentido lo podemos considerar igualmente una perspectiva muy útil para el contrato de agencia, en tanto en cuanto estimula que el agente no trabaje para terceros más que para el principal y porque obliga al agente a dar su mejor esfuerzo.

Podemos señalar como deberes fiduciarios —entre otros— los deberes de lealtad, buena fe y cuidado. El desarrollo jurisprudencial estadounidense ha permitido matizar dichos deberes en la relación contractual entre la sociedad y el administrador; sin embargo, «no existe una clasificación precisa de situaciones que se consideren violatorias del deber de lealtad»¹¹¹ ni del resto de deberes fiduciarios, sino que son aplicados y analizados sobre casos específicos, es decir, son principios generales aplicables a cualquier momento de la vida del contrato.

En el caso colombiano, podríamos entender que el principio de buena fe consagrado en el art. 871 del Código de Comercio establece la obligación de que las partes deben celebrar y ejecutar los contratos según lo pactado en ellos y todo lo que corresponda a la naturaleza del contrato. Llegamos a la conclusión de que el comportamiento leal y de buena fe no debe ser desconocido por las partes. Sin embargo, ¿qué podemos entender por tales conceptos de lealtad y buena fe? Según Emilio Betti, «imponer al deudor hacer no solamente lo que ha prometido, sino todo lo necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida»¹¹². En definitiva, tales conceptos deben ser aplicados caso por caso para dilucidar el contenido de los mismos, existiendo la posibilidad de que los jueces no siempre adopten las soluciones más eficientes.

Por ello nos debemos preguntar lo siguiente: ¿sería positivo incluir expresamente dichos deberes en la regulación del contrato de agencia?

¹¹⁰ F. REYES VILLAMIZAR, *Análisis Económico del Derecho...*, op. cit., p. 93.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 96.

¹¹² E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 82.

Desde nuestro punto de vista, crear una lista enunciativa y no taxativa¹¹³ del contenido de dichos deberes puede ayudar a que el comportamiento de las partes sea más previsible, exista menor información asimétrica y a que convierta los deberes fiduciarios en la piedra angular de la relación contractual entre agenciado y agente.

5. Autonomía de voluntad conflictual

La tradicional consideración del contrato de agencia como un contrato en el que se podía vulnerar la posición teóricamente débil del agente mercantil fundamentó algunos artículos clave y entre ellos, sin duda, se debe señalar el art. 1.328, bajo la rúbrica de sujeción a las leyes colombianas¹¹⁴. Si el contrato se ejecuta en Colombia, entendiéndose como el lugar de entrega de mercancías o de la prestación del servicio, las leyes colombianas regirán el contrato. Esta norma imperativa en muchas ocasiones se convierte en una barrera para lograr un intercambio eficiente con empresas extranjeras¹¹⁵. No existe nadie mejor que las partes para conocer sobre sus propios intereses; sería aconsejable dejar a las partes que decidieran cuáles son las normas que regirán el contrato —autonomía de voluntad conflictual—¹¹⁶, por si consideran una ley con mayor flexibilidad para generar incentivos y así poder configurar una transacción más eficiente.

Este criterio viene recogido en el ámbito europeo en el art. 3 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio:

«El contrato se regirá por la *ley elegida por las partes*. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato» (cursiva fuera de texto).

¹¹³ Tal como lo ha previsto el legislador colombiano en el art. 23 de la Ley 222 de 1995, sobre los deberes de los administradores en cuanto a la forma de cumplir sus actuaciones.

¹¹⁴ Art. 1.328: «Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita».

¹¹⁵ Una solución sería pactar una cláusula de arbitraje y que la controversia sea resuelta según normas sustanciales diferentes a las colombianas, asumiendo que no será luego necesario reconocer y ejecutar el laudo arbitral en Colombia.

¹¹⁶ Esta posibilidad de elección de la *Lex Contractus* se cristaliza en Europa desde que la Cour de Cassation francesa la contemplara en la Sentencia de la American Trade Company el 5 de diciembre de 1910, según A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2014, p. 774.

VIII. CONCLUSIONES

En el marco de un contrato de agencia comercial se presenta una relación principal-agente, es decir, el agenciado (principal) encomienda algo (la conquista de un mercado) a un agente mercantil (agente). Partiendo de tal premisa, en la mayoría de los casos de tal relación surgen unos problemas derivados de la asimetría de la información que disponen las partes. Esto es, una de las partes va a gozar de mayor información. Tal problema de índole informativo, junto con la tendencia de las partes a aumentar su propia utilidad o bienestar, da lugar a que, en muchas ocasiones, el agente adoptará finalmente una acción diferente a la requerida por el principal.

Ninguna norma del contrato de agencia mercantil en Colombia tiene en consideración la problemática que surge en la relación principal-agente. No son normas que tiendan a construir puentes para que la información fluya entre las partes. Si la información no es transmitida, el coste de agencia aumenta y la eficiencia disminuye. Al no tratarse de un instrumento eficiente, el uso dado en la práctica es menor, a pesar del tremendo potencial para desarrollar canales de distribución.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, G. A., «The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, núm. 3 (1970), pp. 488-500.
- ARROW, K. J., *Essays in the Theory of Risk Bearing*, Amsterdam, North Holland, 1970.
- ARRUBLA PAUCAR, J. A., *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*, Bogotá, Legis, 2012.
- *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, Bogotá, Legis, 2012.
- BERNAL GUTIÉRREZ, R., «Código de Comercio colombiano (historia y proyecciones)», en AAVV, *Centenario del Código de Comercio*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- BOTANA AGRA, M. J., «El contrato de agencia en el Derecho español», *Derecho de los negocios*, núm. 30 (1993), pp. 1-14.
- BOYETT, J. H., y BOYETT, J. T., *Hablan los gurús: las mejores ideas de los máximos pensadores de la administración*, Bogotá, Norma, 1999.
- BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 2010.

- BUCHANAN, J. M., «Public Choice: The Origins and Development of a Research Program», *Center for Study of Public Choice*, George Mason University, 2003.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2014.
- CÁRDENAS, J. P., *El contrato de la agencia mercantil*, Bogotá, Temis, 1984.
- CARDOZO LUNA, H., *La agencia comercial en el Derecho mercantil colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1973.
- CASTILLA, M., *Regulación y competencia en los mercados de valores*, Madrid, Civitas, 2001.
- CERAMI, V., «Contratto di Agenzia», *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré, 1958.
- COASE, R., «The Nature of the Firm», *Económica*, vol. 4, núm. 16 (1937), pp. 386-405.
- «El problema del coste social», *The Journal of Law and Economics*, vol. 3 (1960), pp. 1-44.
- COLOMA, G., *Apuntes para el análisis económico del Derecho privado argentino*, Buenos Aires, Universidad del CEMA, 2009.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», en *I Seminario Interuniversitario de Teoría y Método del Derecho Público*, Valencia, 2013.
- ESCOBAR SANÍN, G., *Negocios civiles y comerciales. Negocios de sustitución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985.
- FRIEDMAN, T. L., *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, New York, Picador, 2007.
- GAVIRIA GIL, J. A., «Obstáculos y riesgos para una exitosa interacción entre Derecho y economía en Colombia», *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, núm. 39 (2013), pp. 13-41.
- GELTER, M., y GRECHENING, K., «The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics Vs. German Doctrinalism», *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, núm. 72 (2008), pp. 513-561.
- GÓMEZ MEJÍA, J. A., *Contratos comerciales*, Bogotá, Anaké, 1980.
- GORBANEFF, Y., «Teoría del agente-principal y el mercadeo», *Revista Universidad Eafit*, vol. 39, núm. 129 (2003), pp. 75-86.
- GUTIÉRREZ, J.; GUZMÁN, C., y JIMÉNEZ, U., «Economía política y finanzas públicas: teoría, evidencia y resultados de laboratorio», *Revista de Economía Institucional*, vol. 2, núm. 3 (2000), pp. 104-148.
- HOLMSTROM, B., «Moral Hazard and Observability», *The Bell Journal of Economics*, vol. 10, núm. 1 (1979), pp. 74-91.
- HOLMSTROM, B., y MILGROM, P., «Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership and Job Design», *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 7 (1991), pp. 24-52.
- JACOBS, R. W., *Real Time Strategic Change*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 1994.
- JENSEN, M. C., y MECKLING, W. H., «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4 (1976), pp. 305-360.

- JOLLS, C., SUNSTEIN, C. R., y THALER, R., «A behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 5 (1998), pp. 1471-1550.
- KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Madrid, Debate, 2012.
- KAHNEMAN, D., y TVERSKY, A., «Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk», *Econometrica*, vol. 47, núm. 2 (1979), pp. 263-292.
- KOROBKIN, R., «The Status Quo Bias and Contract Default Rules», *Cornell Law Review*, vol. 83 (1998), pp. 608-687.
- LUNDESGAARD, J., «The Holmstrom-Milgrom Model: A Simplified and Illustrated Version», *Scandinavian Journal of Management*, núm. 17 (2001), pp. 287-303.
- MACHO-STADLER, I., y PÉREZ-CASTRILLO, D., *An Introduction to the Economics of Information*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, C. P., *Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho*, Bogotá, Universidad Pontificia Javeriana, 2005.
- MASCAREÑAS, J., «Contratos financieros principal-agente», *Monografías de Juan Mascareñas sobre Finanzas Corporativas*, núm. 13 (2007).
- MERY NIETO, R., «Notas sobre análisis económico del Derecho: una mirada desde América Latina», *Revista de Derecho y Humanidades*, vol. 10 (2004).
- MILGROM, P., y STOKEY, N., «Information, Trade and Common Knowledge», *Journal of Economic Theory*, vol. 26, núm. 1 (1982), pp. 17-27.
- MOORE, J. C., «Economic Globalization and its Impact Upon the Legal Profession», *New York State Bar Journal*, 2007.
- MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del Contrato de Agencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 1998.
- NARVÁEZ GARCÍA, J. I., *Introducción al Derecho mercantil*, Bogotá, Librería del Profesional, 1979.
- NICHOLSON, W., *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, Madrid, Thomson, 2006.
- PERIS-ORTIZ, M.; RUEDA ARMENGOT, C.; SOUZA RECH, C., y PÉREZ MONTIEL, M., «Fundamentos de la teoría organizativa de la agencia», *Información Comercial Española (ICE). Revista de Economía*, núm. 865 (2012), pp. 107-118.
- PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2013.
- PINDYCK, R., y RUBINFELD, D., *Microeconomía*, Madrid, Pearson, 2009.
- POSNER, E. A., «Agency Models in Law and Economics», *Law & Economics Working Papers*, núm. 92, Chicago, University of Chicago Law School, 2000.
- POSNER, R., «Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law», *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, núm. 53, Chicago, University of Chicago Law School, 1998.
- *Análisis Económico del Derecho*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- PRADO DOMÍNGUEZ, J., y MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J. A., «Riesgo e incertidumbre en los mercados. Un análisis desde la economía de la información», *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, núms. 8-9 (1995), pp. 499-510.
- REYES VILLAMIZAR, F., *Análisis económico del Derecho societario*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad Pontificia Javeriana, 2012.

- RICART, J. E., «Una introducción a los modelos de agencia», *Documento de investigación*, núm. DI-113, IESE Business School-Universidad de Navarra, 1986.
- ROSS, S., «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem», *American Economic Association*, vol. 63, núm. 2 (1973), pp. 134-139.
- SALANIÉ, B., *The Economics of Contracts*, Cambridge, MIT Press, 2005.
- SHAVELL, S., «On Moral Hazard and Insurance», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 93, núm. 4 (1979), pp. 541-562.
- SIMON, H. A., «A Behavioral Model of Rational Choice», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, núm. 1 (1955), pp. 99-118.
- SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, W. Strahan & T. Cadell, 1776.
- STIGLITZ, J., «La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica», *Revista Asturiana de Economía*, núm. 25 (2002), pp. 95-164.

ANEXO 1

Se aplica el método de los multiplicadores de Lagrange para poder optimizar la función del principal, teniendo en cuenta las restricciones comentadas:

$$L = \sum_1^n \pi_b(x_i)(x_i - s_i) + \lambda \left(\sum_1^n \pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(a) - \bar{U} \right) \\ + \mu \left(\sum_1^n \pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(a) - \overline{\pi_b(x_i) u(s(x_i)) - c(a)} \right)$$

A continuación derivamos la función, igualamos a cero y despejamos:

$$L' = \pi_b(x_i) + \lambda \pi_b(x_i) u'(s(x_i)) + \mu (\pi_b(x_i) u'(s(x_i)) - \pi_a(x_i) u'(s(x_i))) = 0$$

$$\pi_b(x_i) = \lambda \pi_b(x_i) u'(s(x_i)) + \mu (\pi_b(x_i) u'(s(x_i)) - \pi_a(x_i) u'(s(x_i)))$$

$$\lambda \pi_b(x_i) + \mu \pi_b(x_i) - \mu \pi_a(x_i) = \frac{\pi_b(x_i)}{u'(s(x_i))}$$

$$\frac{\lambda \pi_b(x_i) + \mu \pi_b(x_i) - \mu \pi_a(x_i)}{\pi_b(x_i)} = \frac{1}{u'(s(x_i))}$$

$$\lambda + \mu \left(1 - \frac{\pi_a(x_i)}{\pi_b(x_i)} \right) = \frac{1}{u'(s(x_i))}$$

